

PUCRS

ESCOLA DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM SERVIÇO SOCIAL
DOUTORADO EM SERVIÇO SOCIAL

CONRADO PAULINO DA ROSA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COGESTÃO PARENTAL: AVANÇOS,
DESAFIOS E CONTRADIÇÕES**

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SERVIÇO SOCIAL

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: SERVIÇO SOCIAL E POLÍTICAS SOCIAIS

Tese de Doutorado

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COGESTÃO
PARENTAL: AVANÇOS, DESAFIOS E CONTRADIÇÕES**

Conrado Paulino da Rosa

Orientadora Profa Dr^a Patricia Krieger Grossi

Porto Alegre, novembro de 2017.

CONRADO PAULINO DA ROSA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COGESTÃO
PARENTAL: AVANÇOS, DESAFIOS E CONTRADIÇÕES**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do título de Doutor em Serviço Social.

Linha de Pesquisa: Serviço Social e Políticas Sociais

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Patrícia Krieger Grossi

Porto Alegre

2017

Ficha Catalográfica

R788g Rosa, Conrado Paulino da

A guarda compartilhada como forma de cogestão parental : avanços, desafios e contradições / Conrado Paulino da Rosa . – 2017.

235 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, PUCRS.

Orientadora: Profa. Dra. Patricia Krieger Grossi.

1. Guarda de filhos. 2. Guarda compartilhada. 3. Cogestão parental. 4. Doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. 5. Parentalidade responsável.

I. Grossi, Patricia Krieger. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecários responsáveis: Marcelo Votto Texeira CRB-10/1974 e Michelângelo Viana CRB-10/1306

CONRADO PAULINO DA ROSA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COGESTÃO
PARENTAL: AVANÇOS, DESAFIOS E CONTRADIÇÕES**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do título de Doutor em Serviço Social.

Linha de Pesquisa: Serviço Social e Políticas Sociais

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Patrícia Krieger Grossi

Aprovada em 8 de novembro de 2017

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Patrícia Krieger Grossi
Orientadora
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS)

Professora Doutora Ana Lúcia Suarez Maciel
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS)

Professora Doutora Adriana Wagner
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPG Psicologia)

Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPG Direito)

Porto Alegre

2017

DEDICATÓRIA

Essa tese é fruto de uma dívida que, mesmo após sua conclusão, está distante de ser adimplida. Depois do primeiro contato que tive com o Serviço Social, o olhar binário de quem estava em formação no Direito teve o privilégio de ser sensivelmente modificado. Assim, o presente trabalho é dedicado à memória da Assistente Social Rosemari Seewald, a “Rose”, que com sua alegria, sensibilidade, transformou minha vida profissional e, principalmente, pessoal.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida e, também, por possibilitar habilidades que proporcionaram o alcance não apenas de duas profissões, mas, na verdade, duas missões de vida.

Aos meus sobrinhos Cecilia e Arthur, a quem o desenvolvimento do presente trabalho gerou uma dívida temporal imensa, com a certeza de que toda espera da chegada de vocês foi superada pela benção que vocês representam na minha vida.

À minha irmã Aline e meu cunhado Leandro, cuja ligação essa vida não poderá explicar.

À minha mãe, avó exemplar, cujo nascimento de seu novo papel dá gosto de viver.

À Denise, mais que sócia, uma parceira da vida.

À Professora Patrícia Grossi, em reconhecimento ao desafio recíproco da troca entre as ciências.

Como dar vida a uma verdadeira obra de arte

A não ser com a própria vida?

(Mário Quintana)

RESUMO

A presente tese aborda, de forma interdisciplinar, a gestão da vida dos filhos após a dissolução de um casamento ou de uma união estável. A pesquisa inicia com a análise do avanço da legislação pertinente a temática tendo em vista que, originalmente, em nosso ordenamento jurídico, existia apenas a previsão da guarda unilateral a qual, pela prática social, acabava sendo determinada apenas em favor da genitora. Com a sua atribuição, o ascendente detentor da guarda passa a decidir de modo exclusivo todas as questões pertinentes a vida da prole. Todavia, em 2008, a Lei 11.698 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para estabelecer a possibilidade da guarda compartilhada entre os genitores, sendo ela a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Mesmo assim, desde então, mostrou-se frequente a confusão social do instituto do compartilhamento com o da guarda alternada, que representaria uma divisão estática do tempo entre ambos os genitores onde, nessa estrutura, aquele genitor que se encontraria em sua companhia deteria poder exclusivo de decisão. Considerando que jamais existiu a possibilidade de guarda alternada no Brasil, em 2014, houve a necessidade de nova alteração modificando o Código Civil, por meio da Lei 13.058. Dentre as alterações, a aplicação da guarda compartilhada passou ser a via preferencial e a unilateralidade, em consequência, a saída restritiva. Além disso, houve o esclarecimento de que o compartilhamento pode ser aplicado mesmo quando os pais residam em cidades diferentes e, também, quando existir o litígio entre os genitores. Outro fato a ser considerado é a presença constante de processos onde existe a presença de alienação parental entre os genitores. Segundo a Lei 12.318/2010, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Nessa esteira é que reside a problemática da presente tese: exsurge como problemática da presente tese: de que forma a guarda compartilhada representa uma mudança na forma de cogestão parental? Por meio da análise de conteúdo, a partir de Laurence Bardin, utilizamos como procedimento de pesquisa a análise documental e, enquanto corpus de análise as legislações a respeito da temática, quais sejam, Constituições Federais, Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), Emenda Constitucional n. 9/1977, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Código Civil de 2002 (Lei 10.406), Lei 11.698/2008, Lei 12.318/2010, Lei 13.058/2014 e Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105). Além disso, fundamentar-se-á a presente tese com bibliografias, não apenas do Serviço Social, mas também, da Psicologia e do Direito, buscar-se-á compreender os desafios do compartilhamento coativo da guarda enquanto meio obstaculizador da prática da alienação parental, mas também, como possibilidade de efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Guarda de filhos. Guarda compartilhada. Cogestão parental. Doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. Parentalidade responsável.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

The present thesis addresses, in an interdisciplinary way, the management of the life of the children after the dissolution of a marriage or a common-law marriage. The research begins with the analysis of the advance of the legislation pertinent to the thematic having in view that originally in our legal system there was only the prediction of the unilateral custody that, because of social issues, ended up being determined only in favor of the mother. With the attribution, the ascendant custodial parent exclusively decides on all matters pertaining to the life of the offspring. However, in 2008, Law 11,698 amended articles 1,583 and 1,584 of the Civil Code to establish the possibility of shared custody between parents, which is “joint responsibility and the exercise of the rights and duties of the father and the mother who do not live under the same roof, concerning the family power of common children”. Nevertheless, since then, it has been usual the social confusion of the institute of the sharing with of the partial custody, which would represent a static division of time between both parents, in which the parent in his company would have exclusive decision-making power. Considering that there was never the possibility of partial custody in Brazil, in 2014 there was a need for a new amendment modifying the Civil Code through Law 13,058. Among the changes, the application of shared custody became the preferential route and the unilateral, as a consequence, the restrictive way. In addition, it was clarified that the sharing can be applied even when parents reside in different cities and also when there is litigation between them. Another fact to be considered is the constant presence of processes where there is parental alienation between the parents. According to Law 12,318/2010, it is considered an act of parental alienation the interference in the psychological formation of the child or adolescent promoted or inducted by one of the parents, by the grandparents or by those who have the child or adolescent under their authority, custody or supervision to repudiate or to cause damage to the establishment or maintenance of bonds with the parent. In this vein lies the problem of this thesis: in which way does joint custody represent some kind of change in coparenting? Through the analysis of content, using the documentary analysis as a research procedure and, as a corpus of analysis the legislation on the subject, which are Federal Constitutions, Civil Code of 1916 (Law 3,071/1916), Married Woman Statute (Law 4,121/1962), Constitutional Amendment n. 9/1977, Child and Adolescent Statute (Law 8,069/1990), Civil Code of 2002 (Law 10,406), Law 11,698/2008, Law 12,318/2010, Law 13,058/2014 and Code of Civil Procedure of 2015 (Law 13,105). Moreover, this thesis will be based on bibliographies, not only from Social Service, but also from Psychology and Law. It will seek to verify the viability of the coactive shared custody as a hindering means of the practice of parental alienation and also as a way of effectuation of the rights of children and adolescents.

Keywords: Child custody. Shared custody. Coparenting. Doctrine of the integral protection of children and adolescents. Responsible parenting.

Sumário

1. Introdução	15
2. “Não é bem isso”: a implementação da guarda compartilhada e as dificuldades de sua compreensão pela sociedade	23
2.1. “Lugar de mulher é na cozinha”: uma breve análise histórica da família a partir das legislações brasileiras.....	23
2.2 “Vão-se os anéis...ficam os filhos”: o instituto do poder familiar e a sua manutenção após as rupturas relacionais.....	41
2.3 “Homem não tem jeito com criança”: o percurso do instituto da guarda no direito brasileiro	61
2.4 “Eu ganhei a guarda”: o compartilhamento como regra geral enquanto novo paradigma	89
3. “Mas isso é difícil na prática”: a compulsoriedade da guarda compartilhada em casos de litígio como forma de prevenção da alienação parental à luz da parentalidade responsável e da doutrina da proteção integral	116
3.1 “Quem não aprende no amor, aprende na dor”: a alienação parental como realidade presente nas dissoluções conjugais.....	116
3.2 “Eu quero que o juiz diga pra ELES”: o papel do Judiciário na efetivação do compartilhamento de guarda.....	140
3.3 “Foi ele(a) que começou”: a imposição da guarda compartilhada como possibilidade de cogestão parental	162
3.4 “E viveram felizes para sempre?”: as ferramentas necessárias para a manutenção de um ambiente igualitário	182
4. Considerações Finais	198
REFERÊNCIAS.....	205
APÊNDICE A - Roteiro de análise de documentos.....	220
APÊNDICE B – Quadro modificado pelo autor a partir dos dados das Estatísticas do Registro Civil relativas ao ano de 2015, resultado da coleta das informações prestadas pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, Varas de Família, Foros ou Varas Cíveis e os Tabelionatos de Notas do País.	223
ANEXO A Aprovação do projeto de pesquisa pela Comissão Científica da ESCOLA DE HUMANIDADES da PUCRS.....	225
ANEXO B- Projeto de Lei n. 6350/2002, de autoria do Deputado Federal Tilden Santiago – MG	227
ANEXO C - Projeto de Lei n. 1009/2011, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá - PTB/SP.....	233

Listagem de quadros

Quadro n. 1: comparativo entre a redação originária do artigo 379 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigos equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002).....	46
Quadro n. 2: comparativo entre a redação originária do artigo 380 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002).....	49
Quadro n. 3: comparativo entre a redação originária do artigo 381 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002).....	50
Quadro n. 4: comparativo entre a redação originária do artigo 382 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002).....	52
Quadro n. 5: comparativo entre a redação originária do artigo 383 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002).....	52
Quadro n. 6: comparativo entre a redação originária do artigo 393 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002).....	53
Quadro n. 7: comparativo entre a redação originária do artigo 325 a 328 do Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e, ao final, as alterações implementadas pela Lei do Divórcio (6.515/1977.....	73
Quadro n. 8: comparativo entre a redação originária do artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) e as modificações após a Lei 11.698/2008.....	79
Quadro n. 9: comparativo entre a redação originária do artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), as modificações após a Lei 11.698/2008 e, por fim, as alterações implementadas pela Lei 13.058/2014.....	91
Quadro n. 10: apresenta de forma sistemática os comportamentos indicados como indícios de práticas alienadoras pela Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010).	121
Quadro n. 11: comparativo entre a redação originária do artigo 1.634 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) em relação as alterações implementadas pela Lei 13.058/2014.....	125
Quadro n. 12: explicação das atitudes a serem aplicadas frente à prática de alienação parental a partir dos incisos do artigo 6º da Lei 12.318/2010.....	134

Listagem de gravuras

Gravura n. 1: dados do IBGE, dividido por regiões, a respeito da proporção de divórcios de acordo com a presença de prole ou sua idade.	45
Gravura n. 2: conceito de guarda unilateral	100
Gravura n. 3: conceito de guarda compartilhada	101
Gravura n. 4: conceito da prática de alienação parental praticada por um dos genitores ou parentes	118
Gravura n. 5: conceito da alienação parental quando ela é praticada por ambos os núcleos familiares	120
Gravura n. 6: apresenta os processos em tramitação no Poder Judiciário Estadual, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a partir da natureza da matéria em conflito.....	147
Gravura n. 7: percentuais de cada modalidade de guarda no Brasil e nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e do Paraná, a partir dos dados disponibilizados pelo IBGE.....	160

Lista de siglas

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

1. Introdução

A família, por ser elencada no artigo 226 da Constituição Federal brasileira enquanto base da sociedade, constitui um lócus merecedor de proteção especial.

Sendo célula de caráter dinâmico e plural, a análise das modificações realizadas nas últimas décadas, seja enquanto a sua formação, facilidade de dissolução e a proteção da prole gerada a partir das relações prescindem de análise que perpassa por várias áreas do conhecimento. Frente a essa realidade surge a implicação do pesquisador da presente tese, com formação originária em Direito e convencido de que, somente a partir de um viés interdisciplinar é que tais temas podem ser explorados. Destaca-se, por oportuno, que trata-se de um estudo descritivo e a análise a ser realizada na presente pesquisa será fortemente influenciada na realidade de famílias de classe média e alta em razão da vivência da advocacia para esse público por parte do doutorando.

Em seu percurso histórico, a família, até pouco tempo, era protegida apenas se vinculada pelo matrimônio de caráter indissolúvel, legitimada pelo poder masculino de forma hierarquizada e voltada para proteção dos adultos em detrimento do melhor interesse da prole. Atualmente, em uma ruptura paradigmática, os afetos superam o formalismo, a gestão da família se caracteriza de modo democrático e o cuidado com aqueles que se encontram em formação deve ser o bem almejado pela Justiça.

Às vésperas de completarmos quarenta anos da possibilidade de divórcio no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 9/77 e Lei 6.515, após quase vinte anos de tramitação legislativa, a ruptura conjugal deixa de ser um tabu e passa a ser vista como natural na busca pela felicidade frente às frustrações da vida a dois. Contudo, frente a opção pelo divórcio ou da dissolução da união estável, não é apenas a partilha do patrimônio amealhado durante a relação que o ex-casal precisará realizar, mas também, a divisão da gestão da vida da prole, o tempo de convivência e o pagamento das despesas necessárias à sua subsistência.

Um desafio recorrente nas Varas de Família, quando do término da relação, resulta filhos é a prática de alienação parental. Identificada pelo médico

e professor de psiquiatria infantil na Universidade de Colúmbia (EUA) Richard Gardner¹, trata-se de uma forma de violência contra a criança e/ou adolescente, podendo ter variações ou estágios. No estágio leve, as campanhas de desmoralizações são discretas e raras; no médio, os filhos sabem o que o genitor alienador quer escutar e começam a colaborar com a campanha de macular a imagem do genitor alienado; no grave, os filhos já entram em pânico por terem de conviver com o outro genitor e evitam qualquer contato.²

Em relação à responsabilidade da gestão da vida da prole, originalmente, em nosso ordenamento jurídico, existia apenas a previsão da guarda unilateral a qual, pela prática social vigente, acabava sendo determinada apenas em favor da genitora. Todavia, em 2008, a Lei 11.698 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para estabelecer a possibilidade da guarda compartilhada entre os genitores. Segundo o parágrafo 1º do artigo 1.583 do diploma civil, a guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos genitores e, por outro lado, o compartilhamento representa a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. A previsão atende ao primado do próprio Código Civil que estabelece, em seu artigo 1.632, que ambos os genitores permanecem detentores do poder familiar, independentemente de sua situação conjugal ou convivencial.

Todavia, após 2008, mostrou-se frequente a confusão social do instituto do compartilhamento com o da guarda alternada, que representaria uma divisão estática do tempo entre ambos os genitores e, também, das decisões: o

¹ Importante dissociarmos a prática de alienação parental da “síndrome da alienação parental – SAP”, nos termos propostos por Gardner. Segundo o autor, a segunda seria uma evolução da primeira, onde existe não somente a programação (“lavagem cerebral”) da criança por um genitor para denegrir o outro, mas também contribuições criadas pela própria criança em apoio à campanha desqualificadora do genitor alienador contra o genitor alienado. (GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> . Acesso em: 22. out. 2017.

Na presente tese, a prática será definida apenas como alienação parental haja vista que, sem a presença da alienação parental no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM), não existe a possibilidade da utilização de tal nomenclatura.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

filho teria na sua “mochila” o único espaço de segurança já que, nessa estrutura, aquele genitor que se encontra em sua companhia deteria poder exclusivo de decisão.

Considerando que jamais existiu a possibilidade de guarda alternada no Brasil, em 2014, houve a necessidade de nova alteração, modificando o Código Civil, por meio da Lei 13.058. Dentre as alterações, a aplicação da guarda compartilhada passou ser a via preferencial e a unilateralidade, em consequência, a saída restritiva. Além disso, houve o esclarecimento de que o compartilhamento pode ser aplicado mesmo quando os pais residam em cidades diferentes e, também, quando existir o litígio entre os genitores.

A aplicação do compartilhamento em demandas onde existe o agir belicoso foi de grande valia haja vista que, desde 2010, existe a vigência da Lei 12.318 alertando a presença contínua de alienação parental nas demandas atinentes ao direito de família³.

Todavia, mesmo com a nova alteração legislativa, em 2014, as Estatísticas do Registro Civil, disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística relativas ao ano de 2015 (sendo a última amostragem disponível), o percentual de guarda compartilhada no Brasil naquele ano foi de apenas 13%⁴. Tais dados demonstram que, apesar da previsão legislativa do compartilhamento há, pelo menos, nove anos no Brasil, ainda existe uma supremacia da via unilateral – predominantemente exercida pelas mães – em detrimento de uma cogestão parental.

Nessa esteira, exsurge como problemática da presente tese de que forma a guarda compartilhada representa uma mudança na forma de cogestão parental?

³ Artigo 2º da Lei 12.318/2010: Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

⁴ De acordo com o resultado da coleta das informações prestadas pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, Varas de Família, Foros ou Varas Cíveis e os Tabelionatos de Notas do País. Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em 18 jul. 2017.

O trabalho assume importância em razão do desconhecimento da sociedade – tutelada pelas normas jurídicas –, bem como dos próprios profissionais que laboram no Judiciário em relação ao sentido, não só técnico, mas de aplicabilidade e relevância social, em especial, no que diz respeito à necessidade de efetivação da garantia dos direitos àqueles aos quais a Constituição Federal delega especial atenção, quais sejam, às crianças e adolescentes. Nesse sentido, torna-se relevante a abordagem de entremeio proposta na presente tese, que tem em vista abordar o presente tema, aliando as áreas de conhecimento do Direito, Serviço Social e Psicologia, por se entender que tal forma de construção teórica torna-se de grande valia para as áreas em questão, visto que permite o diálogo de teorias e práticas que acabam por estar muito ligadas, não só na perspectiva acadêmica, mas também na prestação dos serviços à sociedade.

Outrossim, o estado da arte quanto ao tema denota a importância da pesquisa: de acordo com a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações, utilizando-se como ponto de corte o ano de 2008, quando houve a edição da Lei 11.698, apenas dez pesquisas foram realizadas em Programas *Stricto Sensu* no Brasil sobre a temática. Em relação à área de conhecimento, cinco trabalhos foram desenvolvidos em programas vinculados à área da Psicologia, três na área do Direito e apenas dois no Serviço Social (sendo uma dissertação e uma tese) no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da PUC-SP.

Destarte, justifica-se tal pesquisa junto ao Serviço Social, uma vez que, segundo Martinelli, os assistentes sociais possuem "uma atividade que se constrói na trama do cotidiano, que se constrói nas tramas do real".⁵ Percebe-se que, a análise da temática poderá contribuir, primeiramente, para o meio acadêmico, mas poderá, certamente, ser substrato para a transformação social em um assunto de grande relevância na sociedade brasileira.

No desenvolvimento da presente tese, atentos à implicação do pesquisador que tem sua vida profissional atrelada a advocacia para famílias de

⁵ MARTINELLI, M.L. O uso de abordagens qualitativas na pesquisa em Serviço Social. In: *Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social.. O uso de abordagens qualitativas na pesquisa em Serviço Social: Um instigante desafio*. 2ed. São Paulo: PUCSP – NEPI, 1994, p.11-18.

classe média e alta, iniciar-se-á apresentando a implementação da guarda compartilhada e as dificuldades de sua compreensão pela sociedade. A partir da expressão “não é bem isso”, resposta frequente para desconstruir o pensamento existente quanto ao instituto do compartilhamento, apresentar-se-á o real sentido da norma e as funções da cogestão parental. Para isso, por meio da análise das legislações até pouco tempo vigentes no Brasil, verificaremos um arcabouço positivado de dominação do gênero masculino em relação ao feminino. Assim, partindo do título “lugar de mulher é na cozinha”, simbolizando a família de outrora, faremos a análise do quanto o exercício da liberdade laboral, afetiva e sexual da mulher, foram transformadoras na sociedade contemporânea e, por óbvio, modificaram o *status quo* vigente nas famílias brasileiras, não apenas em sua gestão, mas também, no modo de criação da prole

Em seguida, investigaremos o instituto do poder familiar e a sua manutenção, após as rupturas relacionais por meio do tópico “vão-se os anéis...ficam os filhos”. A provocação reside quando na fala popular, invariavelmente, toda vez que alguém tem a infelicidade de um revés financeiro frente a um roubo ou furto é o de que “vão-se os anéis, ficam os dedos”. Ao longo da pesquisa, demonstrar-se-á que, embora exista a figura do “ex-marido” e “ex-mulher”, não existe a figura do “ex-filho”, sendo prerrogativa de ambos os genitores, o exercício do poder familiar, independentemente do final do casamento ou união estável.

Posteriormente, analisaremos que a presença de uma legislação atrelada à sujeição do gênero feminino trouxe, mesmo na era moderna, uma conotação quase que pré-histórica no desenvolvimento da família: o homem enquanto responsável pela “caça”, ficando fora do lar e, em outra esteira, a mulher, como única cuidadora da cria. A partir da expressão socialmente verbalizada de que “homem não tem jeito com criança”, certamente amparada, segundo Carlos Montañó⁶ na tradição (conservadora), na cultura (machista), na moral (particularmente religiosa), exploraremos o percurso do instituto da guarda no direito brasileiro.

⁶ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 38

Ainda, pesquisaremos compartilhamento enquanto regra geral nas dissoluções afetivas com filhos. A partir da expressão “eu ganhei a guarda”, muito verbalizada na vigência da supremacia da unilateralidade por parte daquele que a detinha, trabalharemos os desafios conjuntos da responsabilidade parental.

Na segunda parte da presente pesquisa, tendo como provocação a expressão reiteradamente usada para refutar o compartilhamento quando ausente o consenso entre os genitores de que seria “difícil na prática”, analisaremos a sua aplicação, inicialmente, como uma possibilidade de prevenção da alienação parental. Em seguida, investigaremos o papel do Judiciário na efetivação do compartilhamento de guarda até mesmo como meio de aplicação do princípio da parentalidade responsável⁷ e da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes.

Por fim, considerando que a realidade vivencial nunca é aquela desejada e representada pelos contos de fadas que encerram com a promessa de que todos “viveram felizes para sempre...” apresentamos, em última proposta, algumas ferramentas possíveis para a manutenção de um ambiente igualitário, indo além da intervenção coativa no espaço privado.

Em relação à metodologia, adotar-se-á análise de conteúdo, a partir de Laurence Bardin⁸. Tendo como premissa que a presente pesquisa terá enfoque qualitativo, no desenvolvimento da presente tese utilizar-se-á a

⁷ Segundo Terezinha Féres-Carneiro e Andrea Seixas Magalhães, o termo parentalidade foi usado pela primeira vez, em 1961, por Paul-Claude Racamier, psiquiatra e psicanalista francês, permanecendo em desuso por mais de 20 anos. Reapareceu em 1985 com René Clement, no estudo de uma das mais severas patologias da parentalidade: as psicosespuerperais. A partir da década de 1980, no Brasil, passamos a usar o neologismo, traduzido do termo francês *parentalité*. A parentalidade é produto do parentesco biológico e do tornar-se pai e mãe. Esta concepção de parentalidade oferece uma compreensão para as configurações familiares contemporâneas, que apresentam um novo desafio para os profissionais que atuam, sobretudo, nos campos da Psicologia, do Direito e da Educação. (FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea Seixas. A parentalidade nas múltiplas configurações familiares contemporâneas. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos Moreira; RABINOVICH, Elaine Pedreira, *Família e Parentalidade - Olhares da Psicologia e da História*. Curitiba: Juruá, p. 117).

⁸ “As diferentes fases da análise de conteúdo, tal como o inquérito sociológico ou a experimentação, organizam-se em torno de três polos cronológicos: 1) a pré-análise; 2) a exploração do material; 3) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação. (BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977, p. 115).

interpretação do arcabouço legislativo brasileiro referente aos cuidados parentais. Segundo Bardin, a análise qualitativa é válida, sobretudo, na sobre *corpus* reduzidos e estabelecer categorias mais discriminantes, visto não estar ligada, enquanto análise quantitativa, a frequências altamente elevadas, para que os cálculos se tornem possíveis.⁹

Ainda, o procedimento de pesquisa será a análise documental e o *corpus* de análise será a partir das legislações (Constituições Federais existentes na história do Brasil, Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), Emenda Constitucional n. 9/1977, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Código Civil de 2002 (Lei 10.406), Lei 11.698/2008, Lei 12.318/2010, Lei 13.058/2014 e Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105) e julgados a respeito da temática, ao longo das últimas décadas, complementado por pesquisas bibliográficas não apenas do Serviço Social, mas também, da Psicologia e do Direito.

Por sua vez, as categorias de análise elegidas serão poder familiar, guarda de filhos, alienação parental, papéis de gênero, cogestão parental e doutrina da proteção integral. Já enquanto *corpus* de análise teremos, as modificações quando as diferenças de gênero nos cuidados parentais, direitos e deveres dos genitores, exercício dos deveres inerentes à parentalidade após ruptura conjugal ou convivencial, direitos das crianças e dos adolescentes, melhor interesse da criança e do adolescente, proteção integral da criança e do adolescente, parentalidade responsável.

Ademais, imperioso referir que tendo como norteador a Resolução 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde¹⁰, em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso III, não serão registradas nem avaliadas pelo sistema CEP/CONEP, as pesquisas que utilizem informações de domínio público. Dessa forma, desnecessária tal avaliação em atendimento ao documento supracitado. Por outro lado, a Comissão Científica da Escola de Humanidades da PUCRS

⁹ Ibid, p. 115.

¹⁰ Esta Resolução dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução.

apreciou e aprovou o Projeto de Pesquisa em janeiro de 2017, conforme demonstrado no Anexo A da presente tese.

Necessário destacar que, embora a pesquisa empírica com pessoas que vivenciam ou laboram com as questões de guarda pudesse enriquecer a presente tese, infelizmente, tal abordagem fica postergada para outra oportunidade, em razão das limitações temporais, e da necessidade de nova submissão do projeto de pesquisa junto ao Comitê de Ética da Universidade.

Por fim, a relevância social da presente pesquisa se justifica frente aos dados de que a Região Sul detém a maior proporção de divórcio, quando os cônjuges possuem somente filhos crianças e adolescentes, atingindo o percentual de 51,9% que, em comparação a região Nordeste, segundo o IBGE – que detém a menor proporção – representa uma diferença de 7,3%, nos dados referentes ao ano de 2015¹¹. Dessa forma, a análise da gestão da vida da prole após as rupturas relacionais dos genitores e, principalmente, da pertinência do compartilhamento forçoso da guarda, sob um viés interdisciplinar, mostra-se imperiosa na sociedade contemporânea.

¹¹ Estatísticas do registro civil / IBGE – v. 1 (1974-). - Rio de Janeiro : IBGE, 1979- Anual. Substitui: Registro civil do Brasil = ISSN 0101-1493. ISSN 0101-2207 1. Registro civil - Brasil - Estatística. I. IBGE.. Disponível em < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em 17 jul. 2017.

2. “Não é bem isso”: a implementação da guarda compartilhada e as dificuldades de sua compreensão pela sociedade

A família, elencada no artigo 226 da Constituição Federal brasileira enquanto base da sociedade constitui célula de caráter dinâmico¹² e plural onde sua caracterização prescinde de uma análise interdisciplinar.

O presente capítulo inicia por uma breve análise histórica da família a partir das legislações brasileiras atentos à posição outorgada ao gênero feminino na família contemporânea. Na sequência, investigaremos as vicissitudes da transição do instituto do pátrio poder até a recente positividade enquanto poder familiar e, também, os desafios da sua execução após a ruptura conjugal ou convivencial dos genitores.

Posteriormente, averiguaremos o percurso do instituto da guarda no direito brasileiro e a presença da questão de gênero em seu exercício para, ao final, apresentarmos o compartilhamento como regra geral enquanto novo paradigma da parentalidade e das dificuldades de compreensão de sua real finalidade. Nesse espaço é que reside o título do presente capítulo: “não é bem isso” haja vista que, normalmente, é a expressão recorrente quando se explica a guarda compartilhada para a população em geral.

2.1. “Lugar de mulher é na cozinha”: uma breve análise histórica da família a partir das legislações brasileiras

O Brasil, desde o seu descobrimento, já contava com codificações escritas. As Ordenações Afonsinas, criadas em Portugal em 1446, vigoraram até

¹² Para Regina Célia Miotto, a família é uma instituição social historicamente condicionada e dialeticamente articulada com a sociedade na qual está inserida. Isto pressupõe compreender as diferentes formas de famílias em diferentes espaços de tempo, em diferentes lugares, além de percebê-las como diferentes dentro de um mesmo espaço social e num mesmo espaço de tempo. Esta percepção leva a pensar as famílias sempre numa perspectiva de mudança, dentro da qual se descarta a ideia dos modelos cristalizados para se refletir as possibilidades em relação ao futuro. (MIOTTO, Regina Célia Tamasso. Família e Serviço Social: contribuições para o debate. In: *Serviço Social e Sociedade*, n.º 55, São Paulo: Cortez, 1997).

serem substituídas pelas Ordenações Manuelinas em 1512. Em 1603, foram instituídas as Ordenações Filipinas, que tiveram vigência até a promulgação do Código Civil de 1916.

Em relação ao descobrimento e o período colonial, interessante destacar a pesquisa realizada por Reinaldo Lindolfo Lohn e Vanderlei Tais Machado a partir da análise das imagens a respeito desse período que ilustram vários livros de história avaliados pelo Programa Nacional do Livro Didático (PNLD). Segundo os autores, as “imagens são visões europeias, produzidas por homens, sobre o Brasil, tomado por aqueles artistas como o "outro", o diferente em relação aos seus valores e à sua sociedade”. No levantamento realizado pelos pesquisadores, fica clara a sujeição do gênero feminino retratada nas gravuras, pois em muitos casos, as mulheres são vistas como frágeis, complementos e, principalmente, como objetos passivos no curso dos grandes eventos narrados. Aos homens, cabem as grandes decisões e a definição dos rumos da sociedade”¹³.

Outrossim, ainda partindo de uma análise iconográfica, imperioso referir o fato de que, desde a Colônia, durante todo o Império e mesmo após a República, a família brasileira sempre se caracterizou por um profundo sentimento de coesão, inexistente em terras europeias. Eduardo de Oliveira Leite relata que toda a iconografia do século XVIII, no Brasil, retrata a presença constante das crianças na vida da família brasileira: “Embora os artistas tenham sido enviados ao Brasil com a finalidade de reproduzirem a fauna e a flora do país, não se limitaram aos encantos da paisagem e acabaram rendendo-se à afabilidade de nossos costumes, tão contrários aos do mundo europeu.” Ao contrário da experiência e dos registros da Europa, na mesma época, a criança era retratada em interação com os demais integrantes da família. “Nos alpendres das casas grandes ou no terreiro das senzalas, sobre o chão corrido de tabuado brilhante ou sobre a rudeza dos caminhos de barro, nas salas, nos quartos, nas cozinhas e nas oficinas, no interior das igrejas, ou na procissão das ruas, a criança sempre se mistura inevitavelmente aos grandes, aos adultos, com uma

¹³ LOHN, Reinaldo Lindolfo; MACHADO, Vanderlei. Gênero e imagem: relações de gênero através das imagens dos livros didáticos de história. *Revista Gênero*, Niterói, v. 4, n. 2. p. 119-134, 2. sem. 2004, p. 122

naturalidade real, espontânea, verdadeira, com ar de bem-vinda, bem-querida e desejada, como componente fundamental do patrimônio afetivo da família brasileira¹⁴.

O processo de introdução da chamada norma familiar burguesa para os diferentes grupos sociais do país tomou vulto a partir do final do século XIX. Esse movimento, no Brasil, está inserido em um contexto mais amplo, em que verificamos a emergência de relações capitalistas no âmbito da economia, com ênfase na implementação do trabalho assalariado, no advento do Estado republicano e na urbanização.

No plano das práticas e dos valores, esse arranjo familiar caracteriza-se, em apertada síntese, pela composição pai, mãe, filhos; pela presença de um conjunto de representações que conformam o chamado amor romântico entre os cônjuges, bem como o amor materno e paterno em relação aos filhos; a criança e o jovem passariam a ser considerados como seres em formação, que necessitam de cuidados materiais e afetivos; a sexualidade do casal deveria ser pautada pela prática da monogamia e do heteroerotismo; à mulher caberia a administração do mundo doméstico enquanto que o homem se tornaria o provedor, atuando no âmbito do público; as relações de parentesco entre os membros da família seriam construídas a partir de dois eixos, isto é, a consanguinidade e afetividade¹⁵.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 299.

¹⁵ AREND, Sílvia Maria Fávero. Paradoxos do direito de família no Brasil. (Uma análise à luz da História Social da Família. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006, p. 105.

Interessante referir que Destaca-se que a Lei das Doze Tábuas, uma das primeiras codificações que se tem notícia, redigida por volta de 450 a.C e, também, o *jus civile romanorum* (direito civil dos romanos), ao qual somente o *civis romanus* (o cidadão romano) tinham acesso, originariamente, vez que os membros das gentes não-romanas relacionavam-se pelo *jus gentium* (o direito das gentes) reforçaram o papel de cada um dos gêneros – masculino e feminino – ao designarem as figuras do patrimônio (*patrimonium*) e do matrimônio (*matrimonium*). Isso porque aparece na designação de ambos o elemento vocabular *monium*, variação fonética de *munus*, que significa missão, função, ocupação. Daí, *patrimonium* era a missão do pai: gerar e manter os bens de Roma no *ager romanus* (campo romano) sem desvio algum. E *matrimonium* era a missão mãe: gerar e criar na *domus* romana (casa romana), também sem desvio algum, os futuros cidadãos e chefes das famílias e gentes romanas, herdeiros das coisas romanas, a dar continuidade à *civitas* romana. Para isso, segundo Sérgio Resende de Barros, enquanto o pai saía para a vida fora de casa, a mulher – atual ou futura mãe – ficava em casa. Na origem primária, tanto o patrimônio quanto o matrimônio romanos corresponderam a funções sociais,

No Brasil oitocentista, a honra feminina possuía uma forte conotação sexual e não era só um valor social. Era, antes de tudo, um bem partilhado entre a mulher, a família e a sociedade, tornando-a um critério muito mais público que privado. A desonra feminina era uma ação da vida privada que refletia diretamente no viver em sociedade. Sendo assim, não bastava ser virgem para ser honesta. Era preciso portar-se como honesta, ou seja, não sair desacompanhada, evitar conversações públicas com figuras do sexo masculino, não se entregar aos prazeres da carne, entre outras posturas.¹⁶

No Brasil, de acordo com Marilda Iamamoto, o ideário liberal incorporado na Constituição de 1824 chega de braços dados com a escravidão e com a prática geral do favor que, embora contrapostos, se unem na história política brasileira.¹⁷

Além disso, mundialmente o século XIX é demarcado pela “publicização da família”, concretizada pela política estatal sempre pronta a assumir e proteger a infância, vigiando-a estreitamente, substituindo o patriarcado familiar por aquilo que passou a ser chamado de “patriarcado do Estado”¹⁸. A partir de então, o Estado passou a interferir de modo direto e crescente no dia a dia das entidades familiares, atingindo seu apogeu.

“A família perde seu caráter de entidade particular, com existência própria e se converte num ente jurídico, numa realidade normativa, subordinada ao império dos regulamentos e das leis.” Os dispositivos empregados pelo

bem definidas, do homem e da mulher. (BARROS, Sérgio Resende de. Matrimônio e patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 8, p. 8, jan.-mar. 2001).

¹⁶ A autora Renata Valéria Lucena relata que os “raptos” de mulheres eram práticas reiteradas por parte daqueles que desafiavam a ordem imposta pelas famílias de casamentos forçados. “Desde o século XVI o raptor foi criminalizado e ocupou a pauta nos discursos do Concílio de Trento que, ao legislar sobre o matrimônio, deliberou pela aplicação de punições aos desvios contra o sétimo sacramento, o casamento. Dentre tais desvios, destacou-se o rapto, concebido não apenas como um crime individual, que atingia física e moralmente a moça, mas toda a família e, especialmente, a figura do pai. (...) No Código Criminal do Império de 1830, que foi reeditado nos anos de 1877 e 1884, o rapto está inscrito nos “Crimes contra a honra”, compartilhando o espaço com os crimes de estupro. O Estado brasileiro entendia o rapto como o ato de “Tirar para fim libidinoso por violência qualquer mulher de casa ou lugar que estiver” (LUCENA, Renata Valéria. Os afetos proibidos: os raptos e as relações de gênero no Recife oitocentista (1860-1890), *Gênero*, Niterói, v.17, n.1, p. 171 – 189, 2.sem. 2016.

¹⁷ IAMAMOTO, Marilda. *Serviço social em tempo de capital feitiço*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 137.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 301.

Estado interagem na família num movimento duplo: ao mesmo tempo em que a norma opõe os membros da família à autoridade patriarcal, desestruturando o poder paterno, reforçando e reafirmando a tutela econômica e moral do grupo familiar, ela organiza a família em torno de uma maior autonomia, apoiando-se numa liberação das relações infrafamiliares. “O Estado dá e tira, reforma e estrutura, destrói e reorganiza a partir de sua ótica e de seus interesses”¹⁹.

O patriarcado – entendido como o poder que o homem exerce por meio dos papéis sexuais – se constitui junto com as sociedades de classes, o que significa dizer que precede o modo de produção capitalista, e nele assume formas singulares de existência²⁰. Segundo Carole Pateman, o patriarcalismo se baseia no apelo à natureza e no argumento de que a função natural da mulher de procriar prescreve seu lugar doméstico e subordinado na ordem das coisas.²¹

O Estado Social desenvolveu-se ao longo do século XX, caracterizando-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo como objetivo a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução do *quantum* despótico dos poderes domésticos, da inclusão e da equalização de seus membros e da compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana²².

É tão notável a influência do Estado na família que se cogitou na substituição da autoridade paterna pela estatal. O Estado social assumiria, também, a função de pai²³.

¹⁹ *Ibid.*, p. 319.

²⁰ SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. Patriarcado e capitalismo: uma relação simbiótica. *Temporalis*, Brasília, ano 15, n. 30, jul./dez. 2015, p. 476.

²¹ PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público / privado. Tradução de Verso Tradutores do original ‘Teminist critiques of the public/private dichotomy’. The disorder o f women. Disponível em < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1844681/mod_resource/content/0/Pateman%2C%20C_Cr%3%ADticas%20feministas%20%3%A0%20dicotomia%20p%3%BAblico-privado.pdf>. Acesso em 31. Jul. 2017.

²² LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 141, jun.-jul. 2004.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 27. v. 5. Segundo Margareth Rago, nessa mesma época surge “um modelo imaginário de mulher, voltada para a intimidade do lar, e um cuidado especial com a infância, redirecionada para a escola ou para os institutos de assistência social que se criam no país fundam a

Nessa linha, nas primeiras décadas do século XX, observamos uma significativa transição de valores, passando-se da estrutura patriarcal para uma nova estrutura econômica e social, marcada pelas ideologias de cunho individualista. O casamento e a família também expressaram essas mudanças em suas estruturas e novos valores vão sendo assimilados, sem, contudo, desfazer-se dos velhos costumes. Segundo Eliana Piccolli Zordam, Denise Falke e Adriana Wagner, o surgimento da psicanálise e de outras teorias psicológicas apresentou “novas possibilidades de convivência e repressões inculcadas, especialmente pelos valores religiosos. Nesse novo contexto, começam a permear nas relações a ideia de que, para se casar, um homem e uma mulher deveriam sentir uma certa atração e ter a sensação de que poderiam combinar.”

24

Em descompasso com isso, o Código Civil brasileiro de 1916, vigente até janeiro de 2003, retratou a realidade de uma família patriarcal, mantendo a posição do homem como chefe da família, possibilitou o tratamento desigual da filiação, voltado mais ao patrimônio do que ao verdadeiro sentido da família. Dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais, e 139, de relações pessoais.

A edição da norma civilista foi, de forma incontestada, uma demonstração de dominação sobre o gênero feminino e da afirmação da vontade do marido de modo praticamente despótico e desarrazoado. Prova disso é que, em seu artigo 6º, o Código Civil de 1916 arrolava a mulher casada como relativamente incapaz, ao lado das pessoas entre dezesseis e de vinte e um anos, os pródigos e os silvícolas.

Como acima adiantamos, o esposo era considerado pela legislação (artigo 233 do Código Civil de 1916) o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe (I) a representação legal da família, ou seja, a representação da família em

possibilidade do nascimento da intimidade operária, para o que engenheiros e autoridades competentes sugerem a construção de habitações higiênicas e confortáveis”. (RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 12)

²⁴ ZORDAN, Eliana Piccoli; FALCKE, Denise; WAGNER, Adriana. Copiar ou (re)criar? Perspectivas histórico-contextuais do casamento. In: WAGNER, Adriana. *Como se perpetua a família? A transmissão dos modelos familiares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 55.

juízo; (II) a administração dos bens comuns e, inclusive, dos bens particulares da mulher (III); direito de fixar e mudar o domicílio da família; (IV) o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal e, por último, (V) prover a manutenção da família. Destarte, flagrante o espaço de subjunção feminina haja vista que sua vontade se mostrava secundária, inclusive, para determinar seu futuro profissional, a administração de seus bens e local de moradia da entidade familiar.

Ainda, de acordo com o artigo 240 do Código civilista de 1916, a mulher assumia, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família. Por outro lado, de acordo com o artigo 324, a mulher condenada na ação de desquite perderia o direito a usar o nome do marido

Nessa mesma linha, consagrando as perdas sempre destinadas ao gênero feminino, o artigo 234 do Código Civil de 1916 estabelecia que a obrigação do marido de sustentar a mulher cessaria quando ela abandonasse sem justo motivo a habitação conjugal. No mesmo dispositivo existia ainda a possibilidade que o juiz, segundo as circunstâncias, poderia ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.

Afora tal quadro, imperioso destacar a absurda redação do artigo 219 da codificação civil de 1916 que considerava erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido”, ou seja, o conhecimento posterior às núpcias de que a mulher não era virgem possibilitava o pedido de anulação por parte do marido que se encontrava em estado de erro.

Tal circunstância seria justificada vez que o erro é uma falsa representação da realidade e faz com que uma pessoa acabe por manifestar uma vontade diferente daquela a ser realmente externada se tivesse conhecimento exato da situação.²⁵ Dessa forma, o exercício da sexualidade antes do casamento era possível apenas ao gênero masculino pois, caso a

²⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 113.

mulher tivesse alguma experiência preexistente à celebração das núpcias, a própria legislação referendava atitudes discriminatórias.

Em relação aos filhos, com fundamento no artigo 358, o Código Civil delegava o exercício do pátrio poder apenas ao marido e, excepcionalmente, com a sua morte ou impedimento, à mulher. Assim, a gestão da família era unilateralmente realizada pelo marido – de maneira quase despótica –, retomando comportamentos similares aos que experimentávamos na Roma Antiga em razão da verticalização de poder existente entre os cônjuges. Isso porque, no berço da civilização contemporânea, união conjugal era algo mais do que “união de sexos ou afeto passageiro, ao unirem-se dois esposos pelo laço poderoso do mesmo culto e das mesmas crenças”. A autoridade máxima era atribuída ao pai, que tinha poder ilimitado, tendo como fundamento o culto religioso, uma vez que esse é o “primeiro junto ao fogo sagrado; é ele que o acende e o conserva; é o seu pontífice”. Somente ao pai era possibilitado o acesso à justiça (inclusive sendo responsabilizado pelos delitos cometidos por todos os membros da entidade familiar). No seio familiar, o “juiz era o chefe da família, sentenciando em tribunal por virtude da sua autoridade conjugal ou paterna, em nome da família e sob a proteção das divindades domésticas”. A jurisdição era absoluta e irrecorrível, podendo inclusive condenar à morte, e “nenhuma autoridade tinha o direito de modificar sua sentença”²⁶.

²⁶ Interessante referir que, na Roma Antiga, a cerimônia do casamento não tinha lugar no templo, mas em casa, sendo o deus doméstico quem presidia o ato. Com o objetivo de dar publicidade ao enlace, tal qual atualmente utilizam-se os proclamas de casamento, o conhecimento social do estado de casados era realizado por meio da marcha nupcial onde, caminhando no meio da aldeia juntamente com familiares e demais convidados, o casal passava a ser reconhecido enquanto marido e mulher.

A marcha nupcial tinha como destino a nova residência do casal, todavia, a jovem não entrava por si mesma na nova habitação: mostrava-se preciso que o marido simulasse um rapto e, após alguns gritos e uma “tentativa” de defesa das mulheres que a acompanham, o esposo adentrasse a residência. Tal atitude possuía o significado de que, no novo lar, essa mulher não teria por si própria nenhum direito, estando sujeita à vontade do senhor do lugar e do deus que lá a introduziu à força.

No momento da entrada no lar, o esposo era obrigado a ter uma iniciativa que, até os dias atuais, é repetida: o nubente erguia a mulher em seus braços para atravessar a porta da casa. Contemporaneamente, essa atitude representa romantismo e, em média, faz parte do sonho de 10 em cada 10 daqueles que ainda não celebraram as bodas. Por outro lado, poucos sabem que, na verdade, o ato tem em sua origem a representação da dominação do homem. Como a casa era uma religião doméstica, a jovem, enquanto não fosse finalizada a cerimônia, não possuía dignidade para que seus pés tocassem aquele chão, que era sagrado.

Logo após, diante do fogo sagrado, era aspergida com a água lustral e tocava o fogo sagrado. Após orações, o final da celebração ocorria no momento em que os dois esposos dividiam entre

Além disso, as relações sem casamento eram moral, social e civilmente reprovadas, atingindo diretamente os filhos que eram classificados e conseqüentemente discriminados em função da situação jurídica dos pais.²⁷

Era época de valor exclusivo da família formada a partir do casamento e filhos gerados das justas núpcias gozavam da presunção absoluta de sua paternidade marital. Além desse privilégio legal, a prole concebida na constância do casamento ainda adquirira estratificação social, ao ser qualificada como filiação legítima, constatando num degrau nitidamente degenerativo com a chamada filiação ilegítima ou simplesmente biológica.²⁸

Na segunda Constituição da República, em 1934, a família passou a ter espaço também nas Cartas Constitucionais brasileiras onde lhe foi dedicado um capítulo exclusivo, destacando a indissolubilidade do casamento.

A Constituição Brasileira de 1937 (conhecida como Polaca por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês), outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, no mesmo dia em que implantou a ditadura do Estado Novo, o casamento permaneceu indissolúvel²⁹ e a educação surgiu como dever dos pais, além disso, os filhos naturais foram equiparados

si um bolo, um pão e algumas frutas, o que os colocava em comunhão religiosa entre si e em comunhão com os deuses domésticos.

Do ponto de vista prático, o casamento se assentava em um acordo formal entre o noivo e o pai da noiva, que incluía o pagamento de um dote por parte do pai. Essa forma de união conjugal não levava em consideração a vontade da noiva nem dependia de seu consentimento para ser celebrada. Em outras palavras, a mulher era dada pelo pai ao marido, representando, conseqüentemente, uma simples transferência de casa e, sem dúvida, de senhor. (COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 33).

²⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

²⁸ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

Nas palavras de Giselda Hironaka: “Nessas sociedades, o homem, pai e marido, ocupa a figura central do núcleo, da autoridade e do poder, a ele competindo, exclusivamente, a direção da família. Este homem, com este perfil sociológico, orgulha-se de reconhecer a criança como sua semente, o que dá azo a um sentimento de paternidade efetivamente biologizado, ou seja, originando um afeto que tem como fonte o fato da certeza fisiológica da paternidade”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandez Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, IBDFAM, Porto Alegre, v. 1, n., p. 11, abr./jun. 1999.

²⁹Art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.”

aos legítimos e, por fim, o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais.

Foi em meio a esse complexo quadro que o Serviço Social iniciou a trajetória em direção à sua profissionalização no Brasil. Até 1930, o País se caracterizava por uma economia agrárioexportadora. As transformações na estrutura econômica e política do País foram aceleradas com a Revolução de 30 e permitiram uma intensificação no processo de industrialização nacional. A classe operária começava apenas a se organizar para reivindicar melhores condições de vida e de trabalho.³⁰

O interesse marcadamente utilitarista da burguesia e a ética reificada que lhe dava sustentação tornavam justificada a atitude da classe dominante de se apropriar dos trabalhos desenvolvidos pelos filantropos e pelos agentes sociais, conferindo-lhes uma conotação política e ideológica, em termos de controle e repressão. Através do processo de reificação³¹, fortemente impregnado na estrutura da sociedade burguesa, forjava-se uma perspectiva de prática social moldada para responder às exigências do capitalismo.³²

Nessa esteira, em 1942 foi criada a Legião Brasileira de Assistência (LBA) para colaborar com o Estado na prestação de serviços assistenciais, ocupando-se, nos primeiros anos, com a assistência às famílias dos brasileiros que combatiam na Segunda Guerra Mundial. Com o final da guerra, voltou-se para a atuação beneficente junto à população “mais necessitada”, especializando-se mais tarde no atendimento à maternidade, à infância e à

³⁰ BULLA, Leonia Capaverde. O contexto histórico da implantação do Serviço Social no Rio Grande do Sul. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 4, jan./jun. 2008.

³¹ Segundo Marília Lucia Martinelli, reificação é “o ato (ou o resultado do ato) de transformação das propriedades, relações e ações humanas em propriedades, relações e ações de coisas produzidas pelo homem, que se tornaram independentes (e que são imaginadas como originalmente independentes) do homem e governam sua vida. Significa igualmente a transformação dos seres humanos em seres semelhantes a coisas. A reificação é um caso ‘especial’ de alienação, sua forma mais radical e generalizada, característica da moderna sociedade capitalista. (MARTINELLI, Maria Lucia. *Serviço social: identidade e alienação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 125)

³² MARTINELLI, Maria Lucia. *Serviço social: identidade e alienação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 125-126.

família. A LBA tornou-se, em âmbito nacional, e no Rio Grande do Sul, um importante campo de prática do Serviço Social.³³

Com o final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, o Serviço Social americano abriu possibilidades de realização de programa de intercâmbio cultural com o Brasil, recebendo assistentes sociais para treinamento, instalando-se um canal que permitiu repassar a metodologia existente no continente americano em relação ao Serviço Social.³⁴

Em 1945, no Brasil, vivia-se a redemocratização do País. Os partidos políticos, dissolvidos desde 1937, reorganizavam-se, juntamente com toda a sociedade. Os católicos lançaram o “Manifesto pela Ordem Social Cristã”, orientando seus seguidores sobre a organização dos partidos, incluindo nos seus programas os princípios da Doutrina Social da Igreja, propondo soluções para as problemáticas sociais. Nesse manifesto, encontravam-se várias referências à liberdade, à democracia e à participação na vida social.³⁵

A Constituição Federal de 1946, que teve vigência entre as ditaduras do Estado Novo (1930-1945) e do Regime Militar (1964-1985) também manteve a indissolubilidade do matrimônio³⁶, estimulou a prole numerosa³⁷ e assegurou assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A Constituição de 1967 cuidou, no Título IV, da família, educação e cultura, sem, contudo, separar as matérias em capítulos³⁸. No tocante à família, foi destinado apenas um artigo, dividido em quatro parágrafos, os quais dispunham que a mesma era constituída pelo casamento civil ou religioso com

³³ BULLA, Leonia Capaverde. O contexto histórico da implantação do Serviço Social no Rio Grande do Sul. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 10, jan./jun. 2008.

³⁴ MARTINELLI, Maria Lucia. *Serviço social: identidade e alienação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 133.

³⁵ BULLA, Leonia Capaverde. O contexto histórico da implantação do Serviço Social no Rio Grande do Sul. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 20, jan./jun. 2008.

³⁶ Art. 163: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”

³⁷ Art 164: É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

³⁸ Art. 167: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.”

efeitos civis, calcada na indissolubilidade da união matrimonial³⁹, sendo essa lógica mantida na Constituição de 1969⁴⁰.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a família foi também uma das áreas a ser protegida pela nova visão dos Direitos Humanos. O artigo XVI trouxe, em primeiro lugar, que os “homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”, gozando de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. Em segundo lugar, o documento estabeleceu que o casamento somente seria válido com o livre e pleno consentimento dos nubentes. Por fim, a Declaração elencou a família como “núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, previsão essa que influenciou a Constituição Federal de 1988.

A partir da década de 1960, com a revolução sexual, passou a ser desconstruído o imaginário anteriormente imposto de que o sexo feminino estava “à mercê de seu aparelho reprodutivo que, segundo se acreditava, tornava seu comportamento emocional errático e imprevisível”.⁴¹ Roudinesco, analisando as mudanças ocorridas na família francesa no pós-guerra, aponta “um fosso irreversível parece ter se cavado, pelo menos no Ocidente, entre o desejo de feminilidade e o desejo de maternidade, entre o desejo de gozar e o dever de procriar”.⁴²

As transformações ocorridas, segundo Caio Mário da Silva Pereira, “teriam sido maiores e mais avançadas do que em dois milênios de civilização romano-cristã”⁴³. Com isso, ocorre uma independência do homem, que não está mais submetido aos “grilhões do pecado”, gerando, inclusive, a revisão da

³⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

⁴⁰ Art. 177: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel. (modificado pela EC n. 9/77).”

⁴¹ RAGO, Elisabeth Juliska. Higiene, feminismo e moral sexual. *Revista Gênero*, Niterói, v. 6., n. 1. p. 105-107, 2. sem. 2005, p. 107

⁴² ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 146.

⁴³ *Ibid.*, p. 169.

doutrina e da atuação da própria Igreja, pois “o puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de São Paulo, censurou os costumes, procurando alinhar os homens dentro de estritos limites morais. O resultado, como podemos nós mesmos verificar, foi o império absoluto da hipocrisia”⁴⁴.

O relacionamento conjugal se tornou mais transparente e, conseqüentemente, mais exposto às mudanças. Homens e mulheres não aceitam mais jogar fora suas vidas em uma relação que se tornou sem prazer ou que empobreceu, sob o ponto de vista afetivo⁴⁵.

Aliado a esse novo momento, surge o movimento hippie e a pílula anticoncepcional e, além disso, articulado ao crescimento da antropologia e da história das mentalidades, incorporando as contribuições da história social e dos aportes das novas pesquisas sobre memória popular, as universidades abrem-se aos grupos de pesquisas sobre o tema, reconhecendo seu valor e encorajando trabalhos e temas e iniciando momento de grande produção intelectual sobre o feminismo.⁴⁶ O surgimento dessa consciência feminista, por sua vez, foi um processo coletivo que se deu no interior das relações de gênero, materializando-se nas práticas sociais.⁴⁷

Nessa linha, o século XX funcionou como um ácido. Os princípios de sentido e de valor que formavam os quadros tradicionais da vida humana, em sua maioria, desmoronaram ou, no mínimo, apagaram-se bastante⁴⁸. As bases tradicionais começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo⁴⁹.

⁴⁴ FIUZA, César Augusto de Castro. Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 35.

⁴⁵ COSTA, Gley P. *O amor e seus labirintos*. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 25.

⁴⁶ SOIHET, Rachel; SOARES, Rosana M. A.; COSTA, Suely Gomes. A história das mulheres. Cultura e poder das mulheres: ensaio de historiografia. *Revista Gênero*, Niterói, v. 2, n. 1. p. 7-30, 2. sem. 2001.

⁴⁷ WELTER, I. et al. Gênero, maternidade e deficiência: representação da diversidade. *Revista Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 101, jan./jun. 2008.

⁴⁸ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época de globalização*. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 13.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 145, jun.-jul. 2004.

Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados, que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. Foi um passo significativo para que o gênero feminino pudesse sair do “plano das coisas”, quando nosso ordenamento jurídico a colocava como uma espécie de propriedade do marido, que dela podia fazer o que bem entendesse⁵⁰.

Na economia, o final dos anos de 1960 culmina com o término do período consagrado na literatura como “anos dourados do capitalismo”. Sem dúvida que se trata de uma época gloriosa em que tudo vai muito bem em relação à lógica da reprodução do capital. Produção, circulação e realização combinam uma trajetória ascendente da acumulação por um período de trinta anos. No entanto, no final da década de 1960 e início da de 1970, este ciclo de crescimento se encerra e o sistema mergulha em uma crise estrutural. Crise que combina queda generalizada da taxa de lucro, estagnação econômica, elevação generalizada dos preços e esgotamento das ferramentas tecnológicas da Segunda Revolução Industrial, caracterizando o fenômeno definido na literatura econômica como *stagflação*⁵¹

Na década de 1970, produziram-se obras ancoradas num espírito separatista, ressentido, que ficou conhecido como feminismo radical. Lamentavelmente, não se tratava de movimento radical no sentido político, mas no sentido sexista. Embora esta corrente do feminismo nunca tenha sido expressiva, fez ruído. Ainda, segundo Saffioti, a perspectiva feminista toma o gênero como categoria histórica, portanto substantiva, e também como categoria analítica, por conseguinte, adjetiva. Não existe um modelo de análise feminista. Rigorosamente, o único consenso existente sobre o conceito de gênero reside no fato de que se trata de uma modelagem social, estatisticamente, mas não necessariamente, referida ao sexo. Vale dizer que o gênero pode ser construído

⁵⁰ DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 69, n. 539, p. 20-24, set. 1980.

⁵¹ Segundo Paulo Roberto Wünsch e Carlos Nelson dos Reis tal terminologia é “utilizada para caracterizar a crise econômica dos anos de 1970. Em síntese, trata-se de uma situação típica de recessão, ou seja, diminuição das atividades econômicas e aumento dos índices de desemprego, além da inflação”. (WÜNSCH, Paulo Roberto; REIS, Carlos Nelson dos Reis. O trabalho e o Minotauro: as constantes metamorfoses de um conflito permanente. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 14, jan./jun. 2010)

independentemente do sexo. Existem, também, feministas que ainda trabalham com o conceito de sexo/gênero, outras que se apegam às diferenças sexuais para explicar o gênero, resvalando, às vezes, pelo essencialismo biológico, e outras, ainda, que afirmam de tal modo o primado do social que acabam por negar ou, pelo menos, a ignorar o corpo, abraçando o essencialismo social⁵²

Ainda sob o olhar inquisidor da ditadura militar, foi, nos anos 1970, que surgiram as primeiras manifestações do feminismo de “segunda onda” O contexto de lutas por liberdades individuais na Europa e nos Estados Unidos e a influência que o contato dos grupos de exilados, principalmente das exiladas, com essas novas ideias sobre a condição das mulheres na família e na sociedade, de maneira mais ampla, foram fortes impulsionadores de novos debates e questionamentos. Para o regime militar, qualquer manifestação das feministas era vista com desconfiança, já que o mesmo as entendiam como política e moralmente perigosas.⁵³

A presença das mulheres na luta armada, no Brasil dos anos 1960 e 1970, implicava não apenas se insurgir contra a ordem política vigente, mas representou uma profunda transgressão ao que era designado à época como próprio das mulheres.⁵⁴

O ano de 1975 foi decisivo para as reivindicações dos movimentos feministas entrarem na agenda da discussão pública. A Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu 1975 como o Ano Internacional da Mulher e o período de 1975 a 1985 como a Década da Mulher. Além disso, ficou estabelecido o dia 8 de março como o Dia Internacional da Mulher.

A aprovação do divórcio do Brasil, em 1977, também representou um grande passo na autonomia do gênero feminino. A caminhada por sua

⁵² SAFFIOT, Heleieth I.B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu*, Campinas, 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332001000100007>. Acesso em 31 jul. 2017.

⁵³ FREITAS, Viviane Gonçalves. Mulheres, Mulherio e família: críticas, direitos e novas perspectivas no Brasil dos anos 1980. *Gênero*, Niterói, v.16, n.1, p. 186, 2.sem. 2015.

⁵⁴ SARTI, C. A. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista de Estudos Feministas*, v. 12, n. 2, 2004, p. 37.

aprovação iniciou antes mesmo da edição do Estatuto da Mulher Casada, liderada pelo deputado Nelson Carneiro.

Sua consolidação aconteceu por meio da Emenda Constitucional n. 9⁵⁵ e pela Lei do Divórcio (6.515), onde substituiu-se do ordenamento jurídico brasileiro a expressão “desquite” por separação judicial. “Ao contrário do argumento sentimental dos oponentes, o divórcio não destrói a família, mas apenas admite que se regularize a situação dos que já estão separados”⁵⁶.

Outra alteração promovida pela Lei nº 6.515, de 1977, foi na redação do parágrafo único do artigo 240 do Código Civil de 1916, onde a inclusão do sobrenome do marido pela mulher passou a ser facultativa e não mais de caráter obrigatório.

Com o aprimoramento dos métodos anticoncepcionais e do avanço da legislação, o casamento deixa de ser uma instituição para se converter numa formalidade. Os jovens conquistaram uma grande independência dentro da família, pois já não precisam casar para manter relações sexuais regulares com um(a) parceiro(a), já que a gravidez só ocorrerá se assim o quiserem.⁵⁷

A partir da Constituição Federal de 1988, uma nova visão do direito privado foi criada “a partir de uma despatrimonialização e de ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e, conseqüentemente, das relações jurídicas. Nesse sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares”⁵⁸.

⁵⁵ Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 175 -

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

⁵⁶ GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124.

⁵⁷ ZORDAN, Eliana Piccoli; FALCKE, Denise; WAGNER, Adriana. Copiar ou (re)criar? Perspectivas histórico-contextuais do casamento. In: WAGNER, Adriana. *Como se perpetua a família? A transmissão dos modelos familiares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 58.

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 154.

Em seu artigo 226, a Constituição elencou a família como base da sociedade, merecendo assim especial atenção do Estado. A própria Constituição veio romper com o preconceito legal, instalando, no texto jurídico, uma nova concepção de família, pois, além de inaugurar a igualdade entre o homem e a mulher, ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável e as famílias monoparentais. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos.

As mudanças foram tão paradigmáticas que, tal como um divisor de águas, podemos dividir o Direito de Família em antes e depois do advento da Constituição Federal⁵⁹.

O objeto da norma é valorizar a pessoa humana, não como antes, quando a finalidade era reprimir ou inibir as “famílias ilícitas”, compreendidas como aquelas que não fossem constituídas pelo casamento⁶⁰.

Em 1990, surge na academia a categoria gênero consolidando os “estudos de gênero” em substituição a “estudos feministas” ou “da condição feminina”. Aproximando-se dos movimentos feministas, a partir de 1990, o Serviço Social passa a aderir às lutas das chamadas minorias, inserindo-se nas questões relacionadas à violência contra mulheres, discriminação étnica, racial e cultural, homofobia e outras⁶¹

Visando regulamentar o direito às famílias convencionais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 houve, em 1994, a Lei nº 8.971/1994, onde alguns elementos eram estabelecidos, como necessários às uniões entre o homem e a mulher para ensejar o direito a alimentos, os quais foram estendidos para originar direitos sucessórios: a) condição de companheiros dos conviventes; b) estado de solteiro, separado judicialmente,

⁵⁹ LIMA, Ana Cristina Quint de; ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. *Adoção por casal homoafetivo*. Florianópolis: Vox Legem, 2012, p. 27.

⁶⁰ IBIAS, Delma Silveira. Famílias simultâneas e efeitos patrimoniais. In: SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. (org.) *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: IBDFAM, 2011, p. 197.

⁶¹ LISBOA, Teresa Kleba Lisboa. Gênero, feminismo e Serviço Social – encontros e desencontros ao longo da história da profissão. Rev. Katál. Florianópolis v. 13 n. 1 p. 66-75 jan./jun. 2010, p. 71.

divorciado ou viúvo; c) convivência há mais de cinco anos ou o surgimento de prole.

Em 1996, adveio a modificação trazida pela Lei nº 9.278, nos requisitos para a configuração de união estável, impondo como condição a convivência duradoura, pública e contínua .

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família. Uma das possíveis consequências para tal fato pode ser atribuído que seu projeto fora redigido na década de 1970.

Como consequência da igualdade entre os gêneros, o instituto do pátrio poder foi, nos artigos 1.630 ao 1.638 da codificação civilista, substituído pelo poder familiar. Durante a vigência do diploma revogado, o instituto, certamente, ainda carregava muito de sua origem centrada no autoritarismo e no exercício unitário por parte do genitor que, na época, era o chefe da família.⁶²

Outra modificação imposta no Código Civil de 2002 é que, consolidando a igualdade entre os gêneros inaugurada na Constituição Federal de 1988, o artigo 1.511 trouxe a previsão de que casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Além disso, nos termos do artigo 1.565 da codificação, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (artigo 1.567 CC).

Ao contrário do código civilista de 1916, o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do

⁶² “O instituto foi instituído, originariamente, na Roma Antiga, representando a *patria potestas*, o conjunto de poderes que o pater famílias detinha sobre os *fili familias*. Inicialmente, a *patria potestas* visava tão somente ao interesse do chefe de família, do pater famílias. Assim, os poderes a ele concedidos eram amplos e abrangiam poderes atinentes tanto à ordem pessoal como à ordem patrimonial”. (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643).

domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes (artigo 1.569 CC).

Na mesma esteira da Carta Magna, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (artigo 1.565 § 2º CC).

Verifica-se, no percurso das legislações até pouco tempo vigentes no Brasil, um arcabouço positivado de dominação do gênero masculino em relação ao feminino. Em uma sociedade que, de forma impositiva por meio da lei, qualifica alguns e desqualifica outros em razão de seu gênero, retroalimenta diferenças que podem ser biológicas, mas, por certo, não são determinantes para diversos fatores, entre eles, a gestão da família e, ainda mais, de sua própria vida.

“Lugar de mulher é na cozinha”, expressão que outrora era recorrente na fala popular é substituída por “lugar de mulher é onde ela quiser”. Na prática, o afastamento do reconhecimento de que determinadas tarefas “não são coisas para mulheres”, principalmente, o exercício de sua liberdade laboral, afetiva e sexual, foram transformadoras na sociedade contemporânea e, por óbvio, modificaram o *status quo* vigente nas famílias brasileiras, não apenas em sua gestão, mas também, no modo de criação da prole, como demonstraremos no decorrer do presente capítulo.

2.2 “Vão-se os anéis...ficam os filhos”: o instituto do poder familiar e a sua manutenção após as rupturas relacionais

Apesar de sua vigência no momento presente e dos avanços que possibilitou a verdade é que, infelizmente, o Código Civil de 2002 é dissonante a realidade da sociedade contemporânea. Atualmente, a busca pela felicidade, as novas gerações não a creditam mais aos códigos nem ao Estado. Essa felicidade é assunto particular, de foro íntimo. A qualidade da relação torna-se o critério de sua solidariedade e o fundamento de sua união. Os novos modelos

de conjugalidade, na proporção em que não encontram eco nas legislações, tenderam a criar sua própria “normatividade”. As novas ideias, em matéria de sexualidade e casamento, atingiram um tal nível de difusão e aceitação que acabaram se erigindo em padrões de conduta e, indiretamente, “normatizaram-se” à revelia de todos os códigos⁶³.

A família moderna vem, assim como toda a sociedade, sendo atingida pelas transformações do mundo moderno⁶⁴. Nessa esteira complexa passa a ser também um campo fértil para a atuação do Serviço Social.⁶⁵ Segundo Adriana Wagner e Daniela Centenaro Levandowski, o maior desafio para aqueles que se propõem a trabalhar com a diversidade dos núcleos familiares é favorecer aos seus membros que esses núcleos sejam espaços de bem-estar para todos. Eis aí uma tarefa complexa e essencial que, se realizada com êxito, certamente contribuirá para a construção de relações interpessoais muito mais humanas e solidárias.⁶⁶

Vivemos, na prática do direito de família atual, o reconhecimento da família instrumental ou *eudemonista*. Sua diferenciada designação vem da palavra grega *eudaimonia* para designar o sentimento de felicidade. Em sua literalidade significa em boa (=eu) situação no que se refere a *daimons*

⁶³ Segundo Eduardo de Oliveira Leite: “Como é possível admitir a legitimidade de um Código estruturado sobre deveres e obrigações do marido e da mulher, sobre a transmissão do patrimônio, sobre regime de bens, quando a finalidade do casamento se encontra radicalmente transformada? Se a união dos cônjuges não visa mais à sobrevivência física da família nem à transmissão de um patrimônio simbólico e material, mas visualiza, preferentemente, a felicidade do casal, qual a validade das regras cristalizadas no mundo artificial de uma codificação que não soube acompanhar as transformações do século?” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 368-369).

⁶⁴ SANTOS, Andréia Mendes dos; GROSSI, Patricia Krieger. Infância comprada: hábitos de consumo na sociedade contemporânea. *Revista Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 448, jul./dez. 2007.

⁶⁵ “Este é o caso, por exemplo, do boom da terapia familiar que passa a ser discutida como algo que “ainda não tem lugar no Serviço Social” como afirmaram alguns profissionais. É possível creditar esta afirmação ao fato de a formação na área estar concentrada no campo do “psi”, sem uma apropriação e uma discussão do seu lugar e do seu significado na prática cotidiana dos assistentes sociais. Dessa forma, passa-se a engrossar fileiras no grande projeto, hoje hegemônico, de “psicologização” dos problemas sociais” (MIOTO, Regina Célia Tamasso. Trabalho com Famílias: um desafio para os Assistentes Sociais. *Revista Virtual Textos & Contextos*, nº 3, dez. 2004, p. 3).

⁶⁶ WAGNER, Adriana; LEVANDOWSKI, Daniela Centenaro. Sentir-se bem em família: um desafio frente à diversidade. *Revista Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 95, jan./jun. 2008.

(demônios ou espíritos). Deste modo, felicidade é viver com bons espíritos.⁶⁷ Dessa forma, a família deve ser um instrumento para a felicidade de seus integrantes.

Essa maneira moderna privilegia a busca da felicidade e realização pessoal, onde todos os integrantes da célula familiar contribuem para o processo de cada um, incentivados pela sociedade e isonomia, favorecendo o crescimento coletivo, num clima de respeito mútuo e afeto constante.⁶⁸

O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações.⁶⁹ Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.⁷⁰

Na busca pela felicidade, de maneira cada vez mais frequente, a ruptura do relacionamento conjugal tem sido a escolha em menor prazo do que experimentávamos em décadas passadas. A chegada de filhos, e a necessária conjugação de papéis conjugais e parentais, é invariavelmente um dos mais frequentes motivos de ruptura relacional.

Para corroborar esse quadro é interessante destacar a pesquisa coordenada pelas professoras Adriana Wagner, Marina Zanella Delatorre e Patrícia Scheeren, integrantes do Programa de Pós-graduação em Psicologia, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul⁷¹. Participaram da pesquisa 750

⁶⁷ ZIMERMAN, David E. *Etimologia de termos psicanalíticos*. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 136.

⁶⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A nova organização jurídica das famílias. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.) *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM, 2012, p. 28.

⁷⁰ OLIVEIRA, Euclides de. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de família e o novo Código Civil*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 07.

⁷¹ Este estudo teve por objetivo avaliar a estrutura fatorial do *Conflict Resolution Styles Inventory* (CRSI) para a população do sul do Brasil, além de relacionar as quatro dimensões de resolução de conflitos (resolução positiva, afastamento, submissão e envolvimento no conflito) medidas pela escala com variáveis sociodemográficas, a fim de compreender como os casais manejam seus conflitos. (DELATORRE, Marina Zanella, SCHEEREN, Patrícia; WAGNER, Adriana. Conflito conjugal: evidências de validade de uma escala de resolução de conflitos em casais do sul do Brasil. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 35(1), 79-94. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.374>)

mulheres e 750 homens casados, com idade média de 40,9 anos e que coabitavam com o companheiro atual, em média, há 15,78 anos. Nesta amostra, 69% estavam casados oficialmente, sendo que 78,8% tinham filhos. O tempo médio de relacionamento com o cônjuge atual foi de 15,78 anos.

Segundo a pesquisa, as pessoas que têm filhos se afastaram mais do conflito e mostraram-se mais submissas⁷² do que aquelas que não têm filhos. Essa relação entre ter filhos e comportamentos evasivos de resolução de conflitos pode estar relacionada às mudanças de papéis dos cônjuges após a chegada dos filhos, quando a parentalidade passa a coexistir com a conjugalidade.⁷³

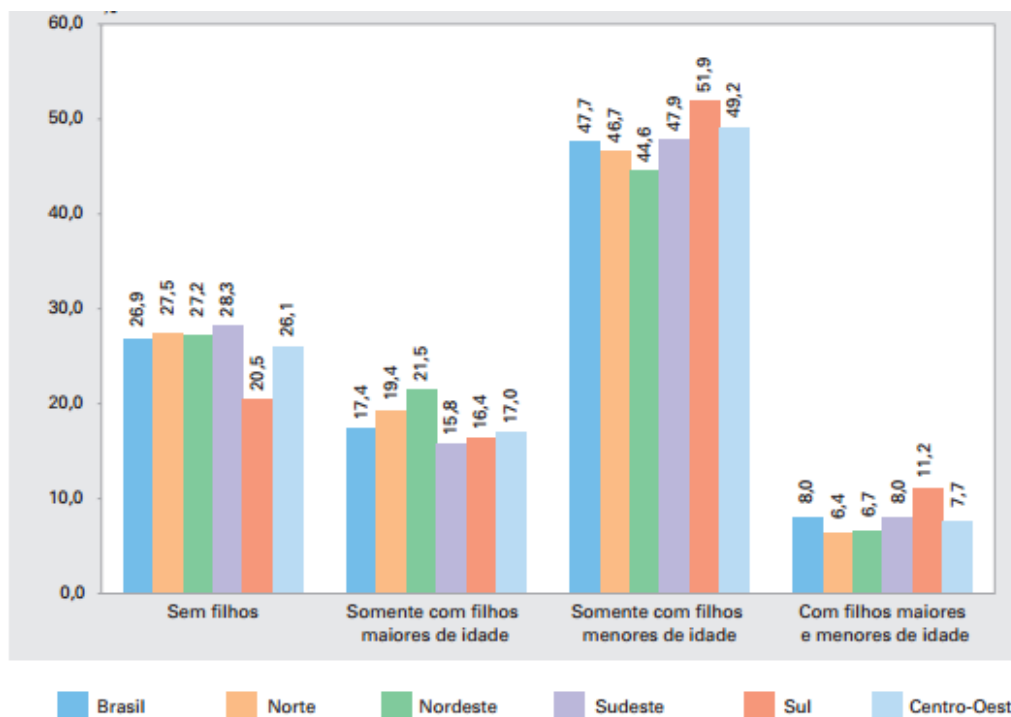
Imperioso salientar que tal comportamento corrobora os dados do IBGE, no sentido de que a Região Sul detém a maior proporção de divórcio, quando os cônjuges possuem somente filhos crianças e adolescentes, atingindo o percentual de 51,9% que, em comparação a região Nordeste – que detém a menor proporção – representa uma diferença de 7,3%, nos dados referentes ao ano de 2015⁷⁴:

⁷² O “afastamento” se refere à tentativa de excluir o outro, afastar-se, recusar-se a discutir o problema em questão e ficar em silêncio por longos períodos de tempo. Já a “submissão” ocorre quando um dos membros do casal é condescendente, desiste de defender seu ponto de vista e aceita passivamente a opinião do outro. Já a “submissão” ocorre quando um dos membros do casal é condescendente, desiste de defender seu ponto de vista e aceita passivamente a opinião do outro (Kurdek, L. A. (1994a). Conflict resolution styles in gay, lesbian, heterosexual nonparent, and heterosexual parent couples. *Journal of Marriage and the Family*, 56(3), 705-722. doi: 10.2307/352880 *op. cit.* DELATORRE, Marina Zanella, SCHEEREN, Patrícia; WAGNER, Adriana. Conflito conjugal: evidências de validade de uma escala de resolução de conflitos em casais do sul do Brasil. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 35(1), 79-94. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.374>).

⁷³ DELATORRE, Marina Zanella, SCHEEREN, Patrícia; WAGNER, Adriana. Conflito conjugal: evidências de validade de uma escala de resolução de conflitos em casais do sul do Brasil. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 35(1), 79-94. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.374>

⁷⁴ Estatísticas do registro civil / IBGE – v. 1 (1974-). - Rio de Janeiro : IBGE, 1979- Anual. Substitui: Registro civil do Brasil = ISSN 0101-1493. ISSN 0101-2207 1. Registro civil - Brasil - Estatística. I. IBGE.. Disponível em < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em 17 jul. 2017.

Gravura n. 1: dados do IBGE, dividido por regiões, a respeito da proporção de divórcios de acordo com a presença de prole ou sua idade.



Analisando os dados disponibilizados pelo IBGE tem se que, na região Sul, 63,1% das rupturas relacionais no ano de 2015 envolvem crianças e adolescentes. Tal quadro indica a necessidade de que, no momento presente, possamos analisar o instituto do poder familiar, que é inerente à questão parental mas, por certo, indica muitos desafios após um divórcio ou dissolução de união estável.

O Código Civil de 1916 apresentava, em sua redação original, forte marca da superioridade masculina, sendo a mulher subjugada a uma posição de coadjuvante na família. O Estatuto da Mulher casada em 1962, por meio da Lei 4.121, apresentou avanço significativo no espaço de empoderamento feminino mas, na verdade, somente com o Código Civil em 2002 – permeado pela igualdade entre gêneros erigida pela Constituição Federal em 1988 – é que, finalmente, a legislação pode aplicar uma lógica equânime em relação aos poderes e direitos em relação aos filhos.

Com o escopo de realizar, por meio da análise documental, as diferenças entre as normativas anteriormente mencionadas apresentaremos um quadro comparativo entre as legislações e, a seguir, nossas impressões a respeito da matéria.

Quadro n. 1: comparativo entre a redação originária do artigo 379 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigos equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002)

Código Civil 1916 Lei 3.071/1916	Redação após Estatuto da Mulher Casada Lei 4.121/1962	Código Civil 2002 Lei 10.406/2002
Art. 379. Os filhos <u>legítimos,</u> os <u>legitimados,</u> os <u>legalmente reconhecidos e os adotivos</u> estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.		Art. 1.630. Os <u>filhos</u> estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

A partir da análise do avanço legislativo, verifica-se, na redação da codificação civil de 1916, a necessidade de qualificação entre diversos tipos de filiação. A palavra “filho” importava em conceitos que marcavam não apenas sua origem, mas principalmente, a vivência dos nascidos em relações não aceitas socialmente.

A filiação foi regulada com base na orientação advinda do direito romano, segundo a qual da união do homem com a mulher decorriam dois tipos de filhos: o *legítimo*, se os pais eram casados entre si; e o *ilegítimo*, caso havido fora do casamento. Os ilegítimos compreendiam dois grupos: *naturais*, oriundos do concubinato, decorrente da relação convivencial entre pessoas impedidas de

casar e, também, os *espúrios*, assim considerados devido ao impedimento de que os pais pudessem casar no momento de sua concepção.⁷⁵

Aos filhos ilegítimos existia ainda uma chance de serem protegidos pelo Estado: na hipótese de seus pais celebrarem matrimônio. Nesse caso, nos termos do artigo 229 do Código Civil de 1916, o casamento criava a “família legítima”, e os filhos, antes dele nascidos ou concebidos, passavam ao status de legitimados⁷⁶.

Fundamentado na análise legislativa acima apresentada verifica-se que, de modo altamente segregador, apenas os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estavam sujeitos aos pátrio poder na redação primária do Código Civil de 1916.

Todavia, a Carta Magna de 1988, no artigo 227 § 6º⁷⁷ inovou estabelecendo absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo qualquer designação. A codificação civil, em 2002, transcreveu o mandamento constitucional no artigo 1.596, prevendo que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, “terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Outro fator importante, alicerçado na análise do quadro proposto, foi a transição do termo “pátrio poder” para “poder familiar” que, em conjunto com o artigo subsequente, modifica sua titularidade e marca um novo momento no exercício da parentalidade.

O poder familiar é, tradicionalmente, conceituado pela doutrina como um *munus público*, representando um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com

⁷⁵ MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 12.

⁷⁶ Art. 352 do Código Civil de 1916: “Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos”.

⁷⁷ “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

vistas à sua educação e desenvolvimento. Representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros⁷⁸.

Mesmo com a modificação na nomenclatura, a transição de pátrio poder para poder familiar, agora baseada no exercício conjunto entre os genitores, ainda não conta com uniformidade por parte da doutrina. Prova disso é que determinadas legislações estrangeiras mais recentes optaram pela denominação “autoridade parental”.⁷⁹ Segundo Paulo Lôbo, a noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro⁸⁰.

Atentos à realidade do direito de família contemporâneo e comungando do entendimento de que nem a expressão “poder familiar”, muito menos “autoridade parental” representam a melhor designação para o instituto, defendemos doutrinariamente a ideia de que o instituto seja denominado como “função parental”.⁸¹

Ele não se limita à educação ou a cuidados físicos, mas se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes⁸². Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se pode negar. Trata-se do

⁷⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 646.

⁷⁹ Prova disso a redação de diversos artigos da Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental).

⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268.

⁸¹ Verifica-se, na atualidade, uma nova visão na criação da prole: antes, vivia-se uma lógica da hierarquia, imposição e castigo, na medida em que a experiência familiar era realizada a partir do pai, em lugar superior inclusive ao da genitora. As diretrizes familiares eram impostas pelo pai, sentado à ponta da mesa, pouco participativo (e, muitas vezes, pouco comunicativo também), que, provedor, tinha voz absoluta. Por último, a característica do castigo era vivenciada toda vez que os ditames do chefe da família não eram seguidos. Devemos lembrar que, no período anterior a 1988, a doutrina existente para os direitos da infância era da situação irregular, que percebia a criança como mero objeto e não sujeito de direito – diferentemente do que ocorre nos dias de hoje – sendo que o castigo corporal era incentivado, até mesmo, socialmente. (ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, p. 307).

⁸² THOMÉ, Liane Maria Busnello; SILVA, Clódis Rocha da. A inscrição do devedor de alimentos no cadastro de proteção ao crédito como forma de concretizar o princípio da dignidade humana. In: IBIAS, Delma Silveira. *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra&Vida, 2012, p. 154.

ônus que a sociedade organizada atribui aos genitores, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos⁸³.

Segundo Paulo Lôbo, na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente é que reside a função social da autoridade parental. Dentro dessa ótica, os institutos jurídicos (até mesmo aqueles outrora marcadamente privados) passaram por indispensável releitura de modo a conformá-los à ordem constitucional, sempre atenta à perspectiva funcionalizada e promocional da dignidade da pessoa humana⁸⁴.

O certo é que, seja qual for o termo escolhido pela prática forense, a exclusão do termo “pátrio poder” representou significativo avanço para o exercício conjunto de divisão de responsabilidades nos cuidados com a prole.

Quadro n. 2: comparativo entre a redação originária do artigo 380 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002)

Código Civil 1916 Lei 3.071/1916	Redação após Estatuto da Mulher Casada Lei 4.121/1962	Código Civil 2002 Lei 10.406/2002
<p>Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder <u>o marido, como chefe da família</u> (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.</p>	<p>Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder <u>aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher</u>. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.</p> <p>Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, <u>prevalecerá a decisão do pai</u>, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.</p>	<p>Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar <u>aos pais</u>; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.</p> <p>Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, <u>é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz</u> para solução do desacordo.</p>

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do poder familiar. *Revista Síntese de Direito de Família*, São Paulo, n. 67, ago./set. 2011, p. 21.

⁸⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. Releitura do direito sucessório a partir da perspectiva existencial. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. *O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM-RS, 2014, p. 276.

Assente na análise das legislações, verificou-se que partindo da ideia de que o homem era o chefe da família, o exercício exclusivo do pátrio poder na redação originária do Código Civil de 1916 era uma das provas da sujeição do gênero feminino durante décadas no direito brasileiro.

O Estatuto da Mulher Casada, em 1962, vem dar passo importante na igualdade entre os gêneros, todavia, mesmo assim, deixa claro que o exercício do pátrio poder ainda era do marido em singela “contribuição” da mulher. Além disso, na divergência, era a opinião do primeiro que deveria prevalecer. Somente em último caso é que a genitora poder-se-ia socorrer do Juízo para decidir a divergência.

Avançando o exame, na codificação civilista de 2002, a partir da inclusão das relações convivenciais enquanto entidade familiar na Constituição Federal de 1988, esclarece que durante a relação (seja casamento ou união estável) o exercício do poder familiar é conjunto e que, tão somente na falta ou impedimento de um deles, existirá a gestão unitária. A primeira hipótese acontece na morte de um dos ascendentes e, por outro lado, o impedimento pode acontecer nas situações de suspensão do poder familiar⁸⁵ ou, em último caso, na enfermidade que impeça – ainda que temporariamente – um dos pais a manifestar sua vontade.

Desde janeiro de 2003, com a vigência do atual Código Civil, não existe a prevalência da vontade de um dos genitores e, dessa forma, qualquer divergência na gestão do poder familiar deverá ser resolvida em Juízo.

Quadro n. 3: comparativo entre a redação originária do artigo 381 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002)

⁸⁵ Art. 1.637 do Código Civil: Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Código Civil 1916 Lei 3.071/1916	Redação após Estatuto da Mulher Casada Lei 4.121/1962	Código Civil 2002 Lei 10.406/2002
Art. 381. O <u>desquite não altera as relações</u> entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 326 e 327).	Sem alteração	Art. 1.632. <u>A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável</u> não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos

Apoiada na análise do avanço legislativo, constata-se que tendo em vista que o divórcio somente foi possível no Brasil em 1977, por meio da Emenda Constitucional n. 9 e pela Lei 6.515, o Código Civil de 1916 estabelecia na origem apenas o desquite como situação que não afetava o direito de exercício do então pátrio poder.

A codificação civil de 2002, por sua vez, mantém a mesma ideia mas atualizou os institutos possíveis de ruptura da relação, ou seja, a separação, o divórcio e a dissolução da união estável entre os genitores não alteram as prerrogativas inerentes ao poder familiar. Nessa esteira, mesmo com as dificuldades inerentes à ruptura de um relacionamento afetivo, a previsão legislativa pretende que os genitores consigam estabelecer que as questões relacionais não se confundam com as parentais. Assim, os pais deixam de estarem ligados pelo vínculo matrimonial ou convivencial e, mesmo assim, permanecem atrelados pela ligação parental, ou seja, pode existir ex-marido/ex-mulher mas não existe ex-filho.

Alerta Carlos Montaña que, muitas vezes, um dos genitores, amparado na tradição (conservadora), na cultura (machista), na moral (particularmente religiosa) e/ou na ainda tímida aplicação de novas normas jurídicas, confunde o fim da relação conjugal com o fim da relação parental. É

quando a prática da alienação parental (que será abordada no tópico 3.1 da presente tese) se apresenta explícita e tragicamente.⁸⁶

Quadro n. 4: comparativo entre a redação originária do artigo 382 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002)

Código Civil 1916 Lei 3.071/1916	Redação após Estatuto da Mulher Casada Lei 4.121/1962	Código Civil 2002 Lei 10.406/2002
Art. 382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente.	Sem modificação	Não houve artigo equivalente

Com suporte na investigação do avanço legislativo, verifica-se que a previsão originária do artigo 382 do Código Civil de 1916, não sofreu qualquer alteração em 1962 quando da edição do Estatuto da Mulher Casada. Todavia, o dispositivo em análise, não teve previsão equivalente na codificação civil de 2002. Isso porque, com a redação do *caput* do artigo 1.631⁸⁷, anteriormente estudado, tornou-se despicienda a redação.

Quadro n. 5: comparativo entre a redação originária do artigo 383 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002)

⁸⁶ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 38

⁸⁷ Art. 1.631 do Código Civil: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Código Civil 1916 Lei 3.071/1916	Redação após Estatuto da Mulher Casada Lei 4.121/1962	Código Civil 2002 Lei 10.406/2002
Art. 383. O <u>filho ilegítimo</u> não reconhecido pelo pai fica sob o <u>poder materno</u> . Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.	Sem modificação	Art. 1.633. O <u>filho</u> , não reconhecido pelo pai, fica sob <u>poder familiar exclusivo da mãe</u> ; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Baseado na investigação a respeito do avanço legislativo verifica-se que a única alteração perceptível na legislação vigente foi a exclusão do termo ilegítimo, pelas razões anteriormente expostas. Quando uma criança é apenas registrada em nome da genitora ela, enquanto única responsável, exerce de forma exclusiva o poder familiar. Em caso de abandono ou total incapacidade desta, existe a possibilidade da nomeação de tutor⁸⁸ para o cuidado com a criança ou adolescente.

Quadro n. 6: comparativo entre a redação originária do artigo 393 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e a redação do artigo equivalente no Código Civil vigente (Lei 10.406/2002)

⁸⁸ Art. 1.728 do Código Civil: Os filhos menores são postos em tutela:
I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;
II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Código Civil 1916 Lei 3.071/1916	Redação após Estatuto da Mulher Casada Lei 4.121/1962	Código Civil 2002 Lei 10.406/2002
<p>Art. 393. A <u>mãe</u>, que <u>contrai novas núpcias</u>, <u>perde</u>, quanto aos filhos do leito anterior, os <u>direitos do pátrio poder</u> (art. 329⁸⁹); mas, enviuvando, os recupera.</p>	<p>Art. 393. A <u>mãe que contrai novas núpcias não perde</u>, quanto aos filhos de leito anterior os <u>direitos ao pátrio poder</u>, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.</p>	<p>Art 1.636. O <u>pai ou a mãe</u> que <u>contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde</u>, quanto aos filhos do relacionamento anterior, <u>os direitos ao poder familiar</u>, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.</p> <p>Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.</p>

Fundamentado no exame do avanço legislativo, constata-se que a redação originária da codificação civil revogada era, com clareza solar, uma forma de ameaça e violadora de direitos fundamentais. A previsão de que a genitora, ao contrair novas núpcias, perderia os direitos do pátrio poder representava uma afronta à autonomia feminina sendo, por certo, um obstáculo para que as mulheres pudessem desejar estabelecer nova relação. Evidente que qualquer genitora nessas situações iria sopesar seu direito à felicidade relacional e o nefasto afastamento da prole em consequência disso.

O Estatuto da Mulher Casada, na década de 1960, encerra tal possibilidade deixando claro que tal circunstância não afetará os direitos da genitora. Já em 2002, no passo da igualdade constitucional vigente, o artigo 1.636 do Código Civil esclarece que não apenas a mãe, mas sim, a mãe e o pai

⁸⁹ Art. 329 do Código Civil de 1916: A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trate convenientemente

que estabelecer nova relação não ficará alijado do exercício conjunto do poder familiar.

Essa última alteração é significativa em atentar para que, independente do gênero, qualquer dos pais que desejar manter nova relação permanecerá, até a maioridade ou emancipação da prole, no exercício da autoridade parental.

A função parental ou poder familiar trata de cuidar de um comprometimento com a proteção e os cuidados da linhagem até que tenha certificada sua alforria pela maioridade ou emancipação⁹⁰. Assim, possui determinadas características: é irrenunciável, vez que os pais não podem desobrigar-se do poder familiar, pois trata-se de um dever-função; é imprescritível, já que o fato de não o exercer não leva os pais a perder a condição de detentores; e é inalienável e indisponível, pois não pode ser transferido a outras pessoas pelos pais, a título gratuito ou oneroso⁹¹.

O caráter de irrenunciabilidade do título de poder familiar noticia a aproximação aos direitos fundamentais especiais dos filhos. Nota-se, aqui, que o direito fundamental gera um correspondente dever de igual categoria. Não é admissível, juridicamente, “renunciar a um dever”, especialmente quando se refere a um dever que corresponde a um direito fundamental alheio. Da mesma forma, as crianças e adolescentes não podem renunciar aos pais, porque não lhes cabe, expressamente, abdicar de direitos fundamentais. O poder familiar se extingue somente em razão da morte dos pais ou do filho ou, ainda, por medida judicial que declare a perda do poder familiar⁹².

O artigo 1.634 de nossa codificação civil estabelece as competências dos titulares do poder familiar, qualquer que seja a sua situação conjugal. A direção da criação e a educação é uma das obrigações conjuntas impostas aos pais. Essa obrigação tem assento no artigo 1.634, I, do CC, mas, também se

⁹⁰.GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 61, ago./set. 2010, p. 65.

⁹¹.FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei n. 11.698, de 13 de julho de 2008*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 29.

⁹² PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

encontra prevista no artigo 22 do ECA que, em seu artigo 55, estabelece “a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

A previsão do exercício da guarda unilateral ou compartilhada (artigo 1.634, II, do CC), enquanto atributo do poder familiar ou função parental, necessita ser interpretada à luz dos artigos 1.583 e 1.584 de nossa codificação civil, o que faremos na parte final do presente capítulo.

Quando se trata de definir o exercício da guarda do infante, imprescindível a análise de qual a possibilidade mais vantajosa para a sua formação e desenvolvimento, porquanto o bem jurídico mais relevante a ser preservado é, exatamente, o interesse da criança. Desde já um apontamento essencial: o exercício da guarda, seja de forma unitária ou compartilhada, é dever inerente ao poder familiar.

Em seguida, no inciso III do artigo 1.634 do Código Civil, é dever dos genitores conceder ou negar consentimento para que os filhos possam casar. A idade em que o ordenamento jurídico autoriza alguém para que possa se casar, chamada de idade núbil, no Brasil, é de dezesseis anos (artigo 1.517 do CC). Por outro lado, até que conte 18 anos, será imprescindível a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais. Caso haja alguma divergência entre os pais quanto à autorização, o Poder Judiciário poderá ser chamado para decidir o impasse (artigos 1.517, parágrafo único, e 1.631, parágrafo único CC), vez que a denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz, nos termos do artigo 1.519 CC⁹³.

É também prerrogativa inerente ao poder familiar, conforme inciso IV do artigo 1.634 de nossa codificação civil, a concessão ou negativa do consentimento para que os filhos possam viajar ao exterior. De acordo com o artigo 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança ou adolescente poderá viajar ao exterior, sem nenhuma restrição, se estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável. Agora, para viajar na companhia de apenas um

⁹³ Art. 1.519 do Código Civil: A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

dos pais, é imperiosa a autorização expressa pelo outro através de documento com firma reconhecida (artigo 84, II ECA).

O inciso V do artigo 1.634 do Código Civil também prevê dentre as atribuições a concessão ou negativa de consentimento para mudança de residência permanente da prole para outro Município. Tal previsão é medida salutar que visa estancar um potencial quadro de alienação parental⁹⁴, a ser estudada no último capítulo da presente tese, vez que aquele que reside com a prole poderia, por meio da mudança abrupta para local distante, usar essa ferramenta como forma de afastar o outro progenitor dos filhos

Dentre as funções do exercício do poder familiar ou função parental consta a prerrogativa de escolher quem deve tomar conta dos filhos crianças ou adolescentes no caso de morte de ambos os pais ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar (artigo 1.634, VI, do CC).

A nomeação de tutor pode ser feita por testamento ou documento autêntico, ou seja, escrito público ou particular⁹⁵, cuja autoria possa ser assegurada, só valendo a nomeação se o outro genitor não sobreviver, ou se sobrevivente não puder exercer o poder familiar.

No exercício da função parental cabe, também, aos seus detentores representar os filhos, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade (artigo 1.634, VII, do CC).

Se, por ventura, existir discordância entre os genitores, resta a impugnação judicial, a fim de evitar a perpetração do ato ou procurar sua

⁹⁴ O artigo 2º da Lei da Alienação Parental (12.318/2010) considera como ato de alienação a maligna interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, ou mesmo por terceiros que estão próximos do menor, quer em decorrência dos vínculos de parentesco, como ocorre com os avós, tios e até mesmo irmãos maiores e capaz, ou pessoas que tenham a criança ou o adolescente sobre sua autoridade em razão da guarda ou vigilância, sempre tendo como objetivo o repúdio pela criança da pessoa do outro genitor, ou que ocorra alguma falha e solução de continuidade na manutenção desses vínculos. (MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 81).

⁹⁵ Art. 1.729 do Código Civil: O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

anulação . Essa responsabilidade também está prevista no artigo 1.690 de nossa codificação civil⁹⁶.

Cabe, igualmente, aos pais reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha (artigo 1.634, VIII, do CC). Inserida a guarda no conteúdo do poder familiar, é direito dos pais ter os filhos consigo para concorrer, efetivamente, na criação da personalidade destes e para protegê-los.

Naturalmente, isso não quer dizer que os filhos não possam ficar em companhia de terceiros, desde que para tanto tenham os pais concordado. Na ausência dessa permissão, a situação caracteriza-se ilegal, sendo permitido aos titulares do poder familiar coativamente retirar os filhos de quem injustamente os detenha, a fim de reintegrá-los ao seu convívio. A busca e apreensão é a medida judicial cabível nesse caso⁹⁷.

Atualmente, de outra banda, quando busca-se efetivar a entrega de crianças e adolescentes, com o escopo de evitar a traumática medida de busca e apreensão, utiliza-se a figura das astreintes, ou seja, por meio da imposição de multa diária por descumprimento.⁹⁸

No exercício de seu poder-dever, cabe aos pais, no interesse da prole, exigir que lhes preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (artigo 1.634, IX, do CC). Não é por acaso que a Constituição Federal, no artigo 7º, XXXIII, proíbe qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, bem como veda ofício noturno, perigoso ou insalubre aos que possuam menos de dezoito anos. Cabe aos titulares da função parental a fiscalização de tal previsão.

Os poderes reconhecidos aos pais devem servir ao desenvolvimento pleno da personalidade dos filhos. Por isso, no conjunto de poderes-deveres

⁹⁶ Art. 1.690 do Código Civil: Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados

⁹⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 458.

⁹⁸ Art. 537 do CPC: " A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito."

reconhecidos, ressaltam os deveres relativos à formação moral. A disciplina do poder familiar contém elementos que facilitam a percepção de exigências de formação integral, objeto da educação no lar e fora dele, razão pela qual se cobra solidariedade das entidades nessa tarefa⁹⁹.

A respeito da temática sobre a exigência de obediência e respeito sabe-se, infelizmente, da trágica realidade social da violência como meio de sua concretização. Visando modificar tal quadro, houve, em 26 de junho de 2014, a promulgação da Lei n. 13.010, inicialmente denominada “Lei da Palmada” e, posteriormente, chamada “Lei Bernardo”¹⁰⁰. A iniciativa legislativa promoveu a inserção do artigo 18-A no ECA (Lei n. 8.069/90) para garantir o direito de que as crianças e adolescentes possam ser educadas e cuidadas “sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto”.

O interessante da normativa é que ela não é direcionada apenas aos pais, mas também aos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar das crianças e adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Para os fins de sua aplicação, forte no artigo 18, parágrafo único, do ECA, considera-se castigo físico a “ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão”. Na mesma esteira, considera-se tratamento cruel ou degradante a conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: “a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize”.

Verificando a ocorrência de quaisquer dessas situações, o Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais, poderá aplicar de acordo

⁹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

¹⁰⁰ Em razão do assassinato do menino Bernardo Boldrini, em abril de 2014, ocorrido na cidade de Três Passos, no Rio Grande do Sul. Segundo as informações da Polícia Civil, o infante sofria maus-tratos de seu pai e da madrasta, os quais foram indiciados pela morte do menino promovida com superdosagem de sedativos e que depois foi enterrado em uma cova rasa, na área rural de Frederico Westphalen-RS.

com a gravidade do caso (artigo 18-B do ECA): (I) encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; (II) encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; (III) encaminhamento a cursos ou programas de orientação; (IV) obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; (V) advertência.

As obrigações conjuntas permanecem até a extinção da função parental ou poder familiar que ocorre, de acordo com o artigo 1.635 de nossa codificação civil: (I) pela morte dos pais ou do filho; (II) pela emancipação, fundamentada no artigo 5º, parágrafo único, do CC; (III) pela maioridade; (IV) pela adoção do filho por um terceiro; (V) por decisão judicial, nas hipóteses arroladas pelo artigo 1.638 do CC, que apresentam as causas de destituição.

A dissolução da relação conjugal não altera a relação entre pais e filhos (artigo 1.632 CC). Tampouco, quando estabelecem novo relacionamento, o pai ou a mãe perdem, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar. Um dos desafios a serem enfrentados é que o artigo 1.636 do CC, que estabelece tal prerrogativa, também prevê que tal exercício ocorrerá “sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira, a sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugalidade dos pais, garantindo aos filhos o direito à vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o fim da vida em comum¹⁰¹.

Destarte, necessário reforçar que os papéis de marido e mulher, companheira e companheiro são extintos na dissolução do relacionamento afetivo, mas, por outro lado, para sempre o vínculo de parentalidade permanecerá.

Na fala popular, invariavelmente, toda vez que alguém tem a infelicidade de um revés financeiro frente a um roubo ou furto é o de que “vão-se os anéis, ficam os dedos”. No presente tópico demonstrou-se que, embora exista a figura do “ex-marido” e “ex-mulher”, não existe a figura do “ex-filho”.

¹⁰¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

Assim, a provocação gerada no título: “vão-se os anéis...ficam os filhos”, sendo prerrogativa de ambos os genitores o exercício do poder familiar, independentemente do final do casamento ou união estável.

2.3 “Homem não tem jeito com criança”: o percurso do instituto da guarda no direito brasileiro

A presença de uma legislação atrelada à sujeição do gênero feminino e seu espaço restrito, durante muito tempo, tão somente em relação aos cuidados do lar e, por outro lado, a posição masculina enquanto “cabeça da família” e responsável pela manutenção trouxe, mesmo na era moderna, uma conotação quase que pré-histórica no desenvolvimento da família: o homem enquanto responsável pela “caça” ficando fora do lar e, em outra esteira, a mulher, como única cuidadora da cria.

Mesmo com a emancipação feminina e a conquista de espaços de poder pelas mulheres vivencia-se ainda a diferenciação de gêneros nas próprias brincadeiras das crianças onde, na primeira infância, as meninas continuam vinculadas aos brinquedos que simbolizam os cuidados do lar – panelinhas, bonecas e, até mesmo, ferros de passar roupa (!) – enquanto os meninos seguem com suas atividades vinculadas a atividades externas, entre elas a bola e a bicicleta.

Na adolescência, a diferenciação continuará vez que, embora estejamos percebendo mudanças nítidas nesse comportamento, a maior parte das famílias incentivará a prática sexual precoce dos meninos mas, por outro lado, em relação às filhas algum tipo de freio será imposto. O filho “pegador” é troféu e a mulher jamais poderá ter o mesmo comportamento para não ser taxada enquanto “galinha”, “fácil” ou qualquer outro termo que escancara a preconceito reforçado por genitores que desprezam as conquistas da igualdade de gênero conquistadas nas últimas décadas.

Ademais, ainda vivemos em uma sociedade que incentiva (e, por assim dizer, também “pressiona”) seus integrantes ao matrimônio. Nessa linha,

mais uma vez, ressoam as diferenças de gênero já que os homens que souberem cozinhar passarão a ter distinção quase equivalente a um Prêmio Nobel e, em outra análise, toda mulher que não souber cozinhar já terá escutado de algum familiar de “como ela poderá casar-se, não sabendo fritar um ovo?!”. Tal análise reflete as dissonâncias entre os gêneros e demonstra as imposições dos papéis sociais na vida contemporânea.

O que a sociologia denomina como papéis sociais é uma expectativa da correspondência de uma atitude normalmente realizada pela coletividade¹⁰². Tal agir, na verdade, é aquilo que cada um de nós já experimentou – ou experimenta – nas festividades familiares. Por exemplo, existe uma expectativa de que o jovem, após a colação de grau no curso superior, esteja casado ou, pelo menos, com uma projeção para que isso aconteça. Os familiares até poderão “conceder” algum prazo maior de resposta, mas isso, por certo, vai render muitos debates na ausência do autor da temática em questão.

Passado algum tempo, e muitas cobranças depois, mesmo se esse cidadão já tiver celebrado suas bodas, as cobranças não irão cessar: agora a postulação do círculo social é pela prole. E assim acontecerá pelo resto da existência, havendo, por óbvio, outras imposições sociais, seja na esfera familiar (por exemplo, o “papel de mãe” que será cobrado na dissolução de um relacionamento afetivo daquela que, seja qual for o motivo, não ficar com a guarda dos filhos), seja na esfera profissional enquanto expectativas de estereótipos padrão nas carreiras no modo de vestir, se comportar ou falar.

Muitas vezes, os conflitos gerados no seio familiar acontecem em razão da frustração da expectativa dos papéis sociais. Isso ocorre porque tais papéis implicam uma coerção exercida sobre o indivíduo; criam expectativas de papel, cujo efeito é reduzir a incerteza da interação: “quando o ator A entra em

¹⁰² “O comportamento esperado de uma pessoa de um determinado sexo é produto das convenções sociais acerca do gênero em um contexto social específico. E mais, essas ideias acerca do que se espera de homens e mulheres são produzidas relacionalmente; isto é: quando se fala em identidades socialmente construídas, o discurso sociológico/ antropológico está enfatizando que a atribuição de papéis e identidades para ambos os sexos forma um sistema simbolicamente concatenado”. (HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila, Estudos de Gênero no Brasil. In: O que ler na Ciência Social Brasileira (1970-1995). Sociologia (Volume II). São Paulo: Sumaré/ANPOCS)

interação com o ator B, ambos esperam que o outro aja dentro do quadro normativo definido em seu papel”.¹⁰³

De uma forma ou de outra, o estabelecimento de um relacionamento com caráter de estabilidade e perenidade faz parte do imaginário coletivo, como um verdadeiro “sonho de felicidade”.

Passamos um terço da vida dormindo, portanto sonhando, e, quando estamos despertos, nossos devaneios ocupam um tempo maior do que imaginamos. Na prática, somos casados com a realidade, mas só pensamos em nossa amante: a fantasia¹⁰⁴. Assim, para alguns, o relacionamento conjugal pode ser, inclusive, a salvação e o depósito de nova vida. É comum buscar no outro um “messias” que vai nos resgatar de males e infelicidades¹⁰⁵.

O fato é que o relacionamento idealizado está mais presente em nossa cultura do que imaginamos, invadindo nosso inconsciente a partir de todos os nossos sentidos, na música, no cinema ou na televisão.

A mais singela música¹⁰⁶ pode nos trazer a percepção de que o relacionamento – sempre – deve ser perfeito, disposto a abandonar tudo: *carreira, dinheiro, canudo e até as coisas mais banais...* Na caminhada, não

¹⁰³ BOUDON, Raymond; BOURRUCAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. Tradução de Leticia Guedes Alcoforado e Duarval Ártico. São Paulo: Ática, 1993, p. 415.

¹⁰⁴ CORSO, Diana Lichtenstein; CORSO, Mário. *A psicanálise na terra do nunca: ensaio sobre a fantasia*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

¹⁰⁵ Maria Tereza Maldonado complementa a assertiva citando como exemplo o homem que tem uma relação de dependência muito forte com a mãe: “‘Imaginei que, escolhendo uma mulher forte, conseguisse me livrar do domínio da minha mãe.’ O outro quase sempre acaba concordando – onipotentemente – em cumprir uma missão impossível. Só a gente mesmo pode se salvar: a responsabilidade por nossas mudanças é nossa, esperar que a outra pessoa ocupe esse lugar é uma missão falida. Na busca do messias, não enxergamos a realidade do outro, até dar de cara com a frustração e o desapontamento: ‘Ela não é o que eu esperava’.” (MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22).

¹⁰⁶ (*Ai, Ai, Ai* Composição: Liminha / Vanessa da Mata)

Se você quiser / Eu vou te dar um amor / Desses de cinema / Não vai te faltar carinho / Plano ou assunto / Ao longo do dia...

Se você quiser / Eu largo tudo / Vou pr'o mundo com você / Meu bem!

Nessa nossa estrada / Só terá belas praias E cachoeiras...

Aonde o vento é brisa / Onde não haja quem possa / Com a nossa felicidade / Vamos brindar a vida meu bem

Aonde o vento é brisa / E o céu claro de estrelas / O que a gente precisa / É tomar um banho de chuva / Um banho de chuva...

haverá sobressaltos, nem carnês, nem problemas, só “belas praias e cachoeiras”. Afinal, “vamos brindar a vida, meu bem”!

No cinema, há as atuais comédias românticas e as películas mais tradicionais, como, por exemplo, o filme “Uma linda mulher” (*Pretty Woman*), um dos grandes sucessos no cinema mundial na década de 90, em que Richard Gere interpreta um milionário charmoso que, em viagem de negócios a Los Angeles, conhece uma atraente garota de programa (Julia Roberts). Ultrapassando todas as barreiras existentes entre as diferentes posições sociais do casal, para quem não lembra, o filme termina com o personagem de Richard Gere buscando sua amada, estrategicamente posicionado no teto solar de uma limusine branca, com um buquê de rosas na mão.

Na televisão, o que seria dos finais de novela sem, pelo menos, um casamento?! A ideia passada é a de qualquer dificuldade possa ser suprimida pelo aparecimento de uma “fada madrinha”. Tal personagem nos remete diretamente à fantasia que, muitas vezes, temos sobre uma solução mágica para os problemas.

Por vezes, surge a impressão de que, se a vida fosse um filme, tudo seria mais fácil, pois o “final feliz” estaria garantido. Contudo, a eterna felicidade, divulgada pela mídia, nos traz a sensação de que fracassamos por não estarmos sempre felizes ou de que nosso relacionamento está errado¹⁰⁷.

Mesmo assim, com o desejo de ser protagonista da mais bela história de amor já vivida, os apaixonados se entregam com afinco às garras da paixão. Nelas, todos os impulsos são vividos com máxima intensidade; é uma explosão de impulsos, é o máximo do amor, de ódio, de ciúme¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SANTOS, Josilaine Gonçalves; MORAES, Letícia de; MENEZES, Letícia Vargas. Ogros não vivem felizes para sempre: um debate sobre relacionamentos idealizados. In: BRITO, Leila Maria Torraca de. (org.) *Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: edUERJ, 2008. p. 268.

¹⁰⁸ GAUDENCIO, Paulo. *Minhas razões, tuas razões: a origem do desamor*. São Paulo: Gente, 1994, p. 68.

A paixão é sempre caracterizada pelo otimismo e a certeza de que “esse amor será diferente”, afinal, como diz um dos sucessos do grupo Roupas Nova, “para o amor não existem fronteiras”¹⁰⁹.

“No começo, a euforia não deixa ninguém reparar nas falhas. Pretende-se enxergar unicamente as virtudes. De modo nenhum os pequenos acidentes ou promessas de engano.” Esse arrebatamento é chamado, pelo cronista gaúcho Fabrício Carpinejar, como cegueira otimista. Nela, “assume-se a biografia do par com a calma entusiasmada. Há uma generosidade no contrato, tudo pode ser resolvido, consertado, arrumado”¹¹⁰.

Quando se rompe a idealização, o parceiro cai do pedestal diretamente para o inferno, e tudo aquilo que antes era graça ou excentricidade torna-se insuportável e esquisito¹¹¹.

Enquanto até pouco tempo, a estabilidade de um relacionamento e do amor eram demonstrados por uma aliança, hoje é demonstrada por uma atualização de *status* nas redes sociais. “Em um relacionamento sério” ou “casado com...” simbolizam a nova era da afetividade. Confiança na contemporaneidade não é simplesmente acreditar no outro, mas sim disponibilizar a sua senha de *e-mail*, *facebook* e rede *wi-fi* para que seja uma prova de amor.

¹⁰⁹ A força do amor (Composição: Cleberson Horsth - Ronaldo Bastos)

Abriu minha visão / O jeito que o amor / Tocando o pé no chão / Alcança as estrelas Tem poder / De mover as montanhas / Quando quer acontecer / Derruba as barreiras...

Para o amor / Não existem fronteiras / Tem a presa quando quer / Não tem hora de chegar / E não vai embora...

Chamou minha atenção / A força do amor / Que é livre pra voar / Durar para sempre / Quer voar / Navegar outros mares / Dá um tempo sem se ver / Mas não se separa / A saudade vem / Quando vê não tem volta / Mesmo quando eu quis morrer / De ciúme de você / Você me fez falta...

Sei! / Não é questão de aceitar / Sim! / Não sou mais um a negar / A gente não pode impedir / Se a vida cansou de ensinar / Sei que o amor nos dá asa / Mas volta pra casa... (...)

¹¹⁰ CARPINEJAR, Fabrício. *O amor esquece de começar*. 2. ed. São Paulo: Betrand, 2006, p. 59).

¹¹¹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 46.

Nas palavras de Paulo Gaudencio: “A paixão vive da impossibilidade. Acabou a impossibilidade, acabou a paixão. O erro é colocar a paixão no ego idealizado, porque quem deve estar no ego idealizado é o amor. A paixão mobiliza, mas o que mantém é o amor.” (GAUDENCIO, Paulo. *Minhas razões, tuas razões: a origem do desamor*. São Paulo: Gente, 1994, p. 68).

Outrora, matava-se um oponente para demonstrar virilidade e força para a pessoa amada; hoje, muitos casais optam por matar sua intimidade, não havendo espaço, muitas vezes, para que uma singela brisa seja capaz de passar entre os corpos das pessoas amadas.

A verdade é que, enquanto predominam a fantasia e o teatro, aumenta a tolerância à frustração: a pessoa se pendura no sonho, na esperança de que, um dia, tudo vai melhorar, nas promessas e nas boas intenções. A fantasia se alimenta de falsas satisfações. Limitações, dificuldades, características indesejáveis são negadas em vez de enfrentadas¹¹². Nada mais romântico que se pensar em um amor que, sob quaisquer circunstâncias, em qualquer condição, triunfasse sobre os percalços da relação¹¹³. O problema começa quando a realidade bate à porta do casal...

Em oposição a um relacionamento baseado em uma identificação projetiva, vivemos a era do amor confluyente. Esse é um amor ativo, contingente e, por isso, entra em choque com as categorias “para sempre” e “único” da ideia do amor romântico. A “sociedade separada e divorciada” de hoje aparece aqui mais como um efeito da emergência do amor confluyente do que como sua causa. Quanto mais o amor confluyente consolida-se em uma possibilidade real, mais se afasta da busca de uma “pessoa especial”, e o que mais conta é o “relacionamento especial”¹¹⁴.

É instigante ver as transformações ocorridas na temática dos comerciais destinados a enternecer o público, outrora povoados pelas assim chamadas famílias-margarina, com sua clássica cena de pais e filhos despertando em harmonia para fazer juntos a refeição matutina¹¹⁵.

O modelo de família abordado na televisão também mudou: antes, os seriados abordavam famílias perfeitas, quase um modelo. Hoje, a família

¹¹² MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30.

¹¹³ CORSO, Diana Lichtenstein; CORSO, Mário. *Fadas no divã*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 158.

¹¹⁴ GIDDENS, Antont. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: EdUNESP. 1993, p. 72.

¹¹⁵ CORSO, Diana Lichtenstein; CORSO, Mário. *A psicanálise na terra do nunca: ensaio sobre a fantasia*. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 133-134.

Simpson é encabeçada por pais tão atrapalhados que já não servem de bússola para nada, mas o aspecto mais relevante é que, independente de contratempos e conflitos, permanecerão lá, estáveis, para receber e apoiar os filhos mesmo nos momentos de fracasso. Homer e Margie Simpson são românticos, eroticamente envolvidos, seu amor é a base sobre a qual se assenta a família. Nos Simpsons, estamos sob os auspícios de um pai frágil, infantilizado, que, mais do que criticável, pode ser considerado ridículo. Seu ofício já é uma metáfora que desdobra todo o personagem: é obvio que ele não está à altura de ser supervisor de segurança de algo tão delicado e perigoso como uma usina nuclear. É como se nos perguntássemos: como colocam um idiota, que nem ao menos consegue fingir não o ser, em uma posição tão importante? O mesmo vale para tudo, mas especialmente para a paternidade: como alguém tão desmiolado pode estar nesse lugar, que julgamos tão importante, que é ser pai?

116

A partir de Lisa Simpson, não constituem uma exceção. É nos filhos que se deposita a valorização da inteligência das famílias contemporâneas; os casais costumam exibir os dotes intelectuais e físicos dos filhos: suas primeiras aquisições, como a fala, a marcha e a alfabetização, são motivos de rivalidade, principalmente entre as mães. Uma mulher pode chegar a ficar muito triste porque seu bebê está “atrasado” em comparação ao de uma amiga ou parente, ignorando que essas pequenas diferenças de ritmo são totalmente insignificantes no contexto de uma vida. Os homens costumam valorizar mais nos filhos as conquistas posteriores, de caráter público, como rendimento no estudo ou na vida social e amorosa, mas a exigência não é menor: ambos esperam ver-se engrandecidos a partir dos feitos dos filhos¹¹⁷.

Voltando à questão do amor na sociedade contemporânea, Zygmunt Bauman, trabalhando com a ideia do *amor líquido*, defende que “o compromisso com outra pessoa ou com outras pessoas, em particular o compromisso incondicional e certamente aquele do tipo ‘até que a morte nos separe’, na

¹¹⁶ *Ibid*, p. 133-134.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 106.

alegria e na tristeza, na riqueza ou na pobreza, parece cada vez mais uma armadilha que se deve evitar a todo custo.”¹¹⁸

Observa-se que, atualmente, “como o dinheiro, as relações amorosas no mundo globalizado se estabelecem com extraordinária fluidez e se movem e escorrem com extrema facilidade, em permanente e frenético movimento.”¹¹⁹

A solidez das tradições se desfaz no ar da realidade virtual. Todavia, a crise não produz o caos, apenas evidencia a incerteza frente à construção do novo. Se não sabemos o que está por detrás do futuro, precisamos conviver com um presente que insiste em apresentar-se sem uma forma definida ou definitiva¹²⁰.

Existe uma superficialidade em um grande número dos relacionamentos atuais. Compromissos de tempo indeterminado devem ser evitados porque podem pôr em risco algo melhor no futuro. Contudo, sem esse comprometimento e sem a disposição para o autossacrifício em prol do parceiro, não se pode pensar em amor verdadeiro.¹²¹

Quando na “balança dos sentimentos”, a união apresenta mais desvantagens do que vantagens, o casal começa a discutir a separação. Na linguagem poética de Fabrício Capinejar, isso ocorre quando “não se fala dele ou dela como uma novidade, mas como uma doença antiga, uma enxaqueca, uma tia distante”, ou quando reclamam um do outro, com indiferença mortuária. Nesse estágio, “são mais cansados do que casados”¹²².

Segundo estimativas atuais, entre a metade e 2/3 de todos os primeiros casamentos nos Estados Unidos terminam em divórcio¹²³. Embora quase todas as sociedades reconheçam tal instituto, nenhuma o aprova em princípio. O casamento ideal seria, em parte, aquele em que os membros ficam

¹¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 111.

¹¹⁹ COSTA, Gley Pacheco. *O amor e seus labirintos*. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 109.

¹²⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Considerações acerca da juridicização constitucional da família. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 9-10, p. 45, jan./dez. 1998.

¹²¹ COSTA, Gley Pacheco. *O amor e seus labirintos*. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 109.

¹²² CARPINEJAR, Fabrício. *O amor esquece de começar*. 2. ed. São Paulo: Betrand, 2006, p. 37.

¹²³ BEE, Helen. *O ciclo vital*. Tradução de Regina Garcez. Porto Alegre: Artmed, 1997, p. 419.

juntos por toda a vida. O divórcio é considerado como último recurso a ser empregado, apenas quando a ligação se torna intolerável.

Ralph Linton refere que a insuportabilidade dependerá muito do indivíduo e da cultura em que ele tiver sido criado. Refere o autor que, em certas sociedades norte-americanas, esse ponto é notoriamente fácil de atingir-se, como no caso de um juiz na Califórnia, que concedeu um divórcio porque a esposa do requerente teimava em vestir-se de amarelo. Em Madagascar, o marido tem direito de mandá-la embora se ela falar de seu sogro e sogra de maneira desrespeitosa, se cometer adultério ou se não for capaz de cozinhar bem o arroz¹²⁴.

Atualmente, ninguém se sente mais proibido de tomar a decisão pelo fim do relacionamento, como acontecia no passado, quando muitas pessoas seguiam casadas mesmo se sentindo infelizes¹²⁵.

Em muitos casos, o casal, primeiramente, tenta resgatar os laços a partir de uma ruptura breve, conhecida socialmente como “dar um tempo”¹²⁶. Contudo, a demora na oficialização pode funcionar como um período de teste “para ver se é isso mesmo” que se quer e para se aclimatar à situação nova, digerindo o temor de que a decisão tenha sido precipitada. A legalização envolve aspectos importantes de mudança de identidade, refletida na mudança de estado civil. Para a maioria das mulheres, isso envolve, inclusive, mudança de sobrenome¹²⁷.

Acusar ou se arrasar de culpa parece muito mais fácil do que ter noção de como ambos contribuíram para a construção e o término do casamento¹²⁸. Contudo, a projeção no outro e a negação em si mesmo dos motivos que conduziram à separação são mecanismos que tentam evitar a

¹²⁴ LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução à antropologia*. Tradução de Lavínia Vilela. 12. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 176.

¹²⁵ COSTA, Gley Pacheco. *O amor e seus labirintos*. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 122.

¹²⁶ “Quando se dá um tempo é que não há mais tempo para dar, já se gastou o tempo com a possibilidade de um novo romance. Só se dá tempo para avisar que o tempo acabou. E o amor não é consulta, não é terapia, para se controlar o tempo.” (CARPINEJAR, Fabrício. *O amor esquece de começar*. 2. ed. São Paulo: Betrand, 2006, p. 16).

¹²⁷ MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81.

¹²⁸ *Ibid*, p. 7.

vivência do fracasso, a dor de reconhecer a participação ativa e direta de cada um naquilo que não deu certo¹²⁹.

Apesar de nossa codificação civil, no artigo 1.572¹³⁰, insistir na imputação de um culpado pelo fim do casamento, a doutrina e a jurisprudência pátria têm afastado tal possibilidade.

A interpretação que vem sendo realizada dá-se a partir do art. 1.573, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a impossibilidade de vida em comum como um dos motivos a caracterizar o final da comunhão de vida do casal. Segundo Paulo Lôbo: “a impossibilidade da vida em comum é cláusula aberta ao convencimento judicial pelo fato puro e simples do desaparecimento do *affectio societatis*, sem necessidade de devassa da intimidade do casal¹³¹.”

O fato é que, de uma forma ou de outra, não há como definir o motivo para terminar com alguém. O que gerou a separação? O que provocou a absoluta segurança de encerrar o romance e abdicar do final feliz? Nas poesia de Fabrício Carpinejar: “Como ocorreu a transformação da companhia íntima, com a qual se dividiu, ao longo dos anos, em uma estranha desaforada, querendo arrancar o seu siso de ouro diante do Juiz?”¹³²

A chegada da Emenda Constitucional 66 de 2010, trouxe a facilitação da concessão do divórcio que hoje, de acordo com a vontade dos interessados, não precisa da decretação anterior da separação, nem a observância de quaisquer prazos.¹³³

¹²⁹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Dei Rey, 2000, p. 49.

¹³⁰ Art. 1.572 do Código Civil: Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

¹³¹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 136.

¹³² CARPINEJAR, Fabrício. *O amor esquece de começar*. 2. ed. São Paulo: Betrand, 2006, p. 56.

¹³³ INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA (ARTIGO 555, § 1º DO CPC). APELAÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66. DIVÓRCIO. Pela entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, não há mais necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto. Precedentes jurisprudenciais da 7ª e da 8ª Câmaras Cíveis deste TJRS. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (TJRS – 4º GC – Uniformização de Jurisprudência nº 70044573848 – Relator Rui Portanova – julgado em 16/09/2011).

Assim, embora nossa codificação civil persista apresentando prazos para o divórcio, tais dispositivos devem ser interpretados à luz da Constituição Federal que não mais exige a sua presença para o final do relacionamento. Nessa linha também o Enunciado n. 517 das Jornadas de Direito Civil: “A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no artigo 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão”.

Dessa forma, no caso do divórcio direto, previsto no artigo 1.580 § 2º CC, não é preciso aguardar dois anos de separação de fato para sua concessão, podendo ser concedido a qualquer tempo. Na mesma esteira, o chamado divórcio por conversão (artigo 1.580 “caput” CC), não é preciso esperar um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, para que uma das partes possa requerer a conversão da separação em divórcio.

Importante referir que, todas as pessoas que estavam separadas judicialmente ou extrajudicialmente antes da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 não se tornaram automaticamente divorciadas, precisando promover a sua conversão em divórcio. Caso contrário, o vínculo do casamento permanecerá – tendo em vista que a separação promove apenas a dissolução da sociedade conjugal – e os envolvidos não poderão casar-se novamente e, caso um venha a falecer, seu estado civil será o de viuvez.¹³⁴

Considerando que, hodiernamente, trabalha-se com a ideia de um direito potestativo ao divórcio, sendo despicienda qualquer produção de prova para sua decretação, mas sim, apenas a vontade de um dos cônjuges, imperiosa é a sua aplicação nos processos de divórcio. Prova disso, a previsão do Enunciado 18 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM: “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento

¹³⁴. Dimas Messias de Carvalho alerta que “mesmo que em execução provisória da sentença que decretou o divórcio, porque pendente o julgamento de recursos contra os despachos que não admitiram o recurso especial, falecendo um dos cônjuges o estado civil do sobrevivente é de viúvo e não de divorciado, pois ainda não transitada em julgado a decisão que concedeu o divórcio”. (CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio e separação jurídica: judicial e administrativo de acordo com a EC 66/2010*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 69).

parcial do mérito (artigo 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas”.

Todavia imperioso atentarmos que o casamento, por tradição, reveste-se de rituais de passagem que facilitam a mudança de estado de vida, o que não ocorre nas dissoluções afetivas. Nestas, todo o procedimento é jurídico e se dá ou de forma muito rápida ou de forma delongada e sofrida¹³⁵.

Enquanto, para algumas situações difíceis na vida, a sociedade oferece um tipo de apoio, organizado por meio de costumes, rituais, o mesmo não ocorre nas dissoluções afetivas. No caso do luto, por exemplo, há um suporte social bastante razoável, que oferece um contexto de acolhimento e proteção para ajudar a “digerirem” a perda de um ente querido. Já no término do casamento, não há um suporte social organizado para ajudar as pessoas que atravessam um processo de separação. Muitos se sentem sozinhos, sem amparo¹³⁶.

Poucas pessoas deixariam de sentir medo se estivessem sozinhas em um local estranho, talvez escuro, e ouvissem, de repente, um som misterioso ou percebessem, de repente, um movimento súbito. Se essas pessoas tivessem um companheiro, pelo menos, talvez se mostrassem mais corajosas; e, se tivessem muitos companheiros, recobriam rapidamente a coragem. Estar sozinho, como a consciência, “faz covardes todos nós”.¹³⁷

O desamor é complicado porque as pessoas não sabem dizer adeus, colocar um ponto final em uma história, como relata Luis Alberto Warat: colocar um ponto final, dizer adeus, sem gerar conflitos de despedida é uma tarefa muito difícil, então as pessoas precisam ser ajudadas, principalmente, a descobrir que estão em uma fase de desamor. Ninguém nos ensinou a amar, muito menos nos ajudará a aprender a desamar, a fazer do desamor uma boa despedida¹³⁸.

¹³⁵ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2007, p. 80.

¹³⁶ MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

¹³⁷ BOWLBY, John. *Apego e perda - Separação: angústia e raiva*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 147. 2. v.

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 132.

A concessão do divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (artigo 1.579 CC), devendo, de preferência na mesma oportunidade em que os genitores irão dissolver o casamento, promover a determinação em relação à guarda, convivência familiar e alimentos, para que as questões que envolvam a parentalidade possam ser acertadas. Quanto melhor for esclarecida a forma de gestão da vida dos filhos e, principalmente a coparentalidade dos genitores, maior será a segurança e estabilidade da prole para vivenciar o novo momento que a família terá a partir da dissolução conjugal.

Tendo como norte o fato de que o divórcio somente se tornou possível no Brasil em 1977, por meio da Emenda Constitucional n. 9 e pela Lei 6.515/77, a redação originária do Código Civil de 1916 apenas estabelecia as diretrizes para a proteção dos filhos em caso de desquite¹³⁹ ou anulação. Em relação a essa última hipótese, até a possibilidade do divórcio, era a via de acesso àqueles que desejavam casar-se novamente:

Quadro n. 7: comparativo entre a redação originária do artigo 325 a 328 do Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), as modificações após o Estatuto da Mulher Casada e, ao final, as alterações implementadas pela Lei do Divórcio (6.515/1977)

Código Civil de 1916	Lei 4.121/1962	Lei 6.515/77
Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por <u>desquite amigável</u> , observar-se-á o que os <u>cônjuges acordarem sobre a guarda</u> dos filhos.	Sem alterações	Revogou o artigo
Art. 326. Sendo o desquite judicial, <u>ficarão os filhos menores com o conjugue</u> (sic) <u>inocente</u> .	Sem alterações	Revogou o artigo

¹³⁹ O desquite dissolvia apenas os deveres conjugais entre os cônjuges, mas, por outro lado, não extinguiu o matrimônio. Assim, mesmo ausentes as obrigações matrimoniais entre os desquitados, eles não podiam casar novamente.

<p>Art. 326 § 1º Se <u>ambos forem culpados</u>, a <u>mãe</u> terá direito de conservar <u>em sua companhia as filhas</u>, enquanto menores, e os <u>filhos até a idade de seis anos</u>.</p>	<p>Art. 326 § 1º Se <u>ambos os cônjuges</u> forem culpados ficarão em poder da <u>mãe os filhos menores</u>, <u>salvo se o juiz verificar</u> que de tal solução possa advir <u>prejuízo de ordem moral para eles</u> (sic).</p>	<p>Revogou o artigo</p>
<p>Art. 326 § 2º Os filhos <u>maiores de seis anos</u> serão entregues à <u>guarda do pai</u>.</p>	<p>Art. 326 § 2º Verificado que <u>não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai</u> deferirá o juiz a sua <u>guarda a pessoa notoriamente (sic) idônea</u> da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o <u>direito de visita</u>.</p>	<p>Revogou o artigo</p>
<p>Art. 327. <u>Havendo motivos graves</u>, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, <u>regular por maneira diferente</u> da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.</p> <p>Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue (sic), fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.</p>	<p>Sem alterações</p>	<p>Revogou o artigo</p>
<p>Art. 328. No caso de <u>anulação do casamento</u>, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.</p>	<p>Sem alterações</p>	<p>Revogou o artigo</p>

A partir da análise do avanço legislativo, verifica-se que, até a existência da Lei. 6.515/77, no caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, poderiam os cônjuges acordarem entre eles o exercício da

guarda que, nesse momento, era apenas exercida de forma unitária (artigo 325 do Código Civil de 1916).

De outra banda, nos termos do artigo 326 da codificação civil revogada, havendo litígio o cuidado da prole seria atribuído ao cônjuge inocente e jamais para aquele que fosse considerado o culpado pelo fim da conjugalidade. A atribuição da culpa ocorria pelo fato de que um deles seria o originário da causa do termino por (I) adultério, (II) tentativa de morte, (III) sevícia (que são maus-tratos) ou injúria grave e, por último, (IV) o abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos, conforme artigo 317 do Código Civil de 1916.

Se ambos fossem considerados culpados como, por exemplo, um adultério recíproco, a mãe teria direito de conservar em sua companhia apenas das filhas mulheres. Em relação aos filhos homens, em nítida postura sexista¹⁴⁰, os cuidados maternos seriam até a idade de seis anos e, posteriormente, eles residiriam com o pai (artigo 326 § 1º e 2º do Código Civil de 1916).

Verifica-se que tal diferenciação foi suprimida pelo Estatuto da Mulher Casada, em 1962, reforçando o espaço feminino como supremo para os cuidados com a prole que, com ambos sendo considerados culpados, a guarda seria materna, salvo se o juiz verificasse que de tal solução poderia gerar prejuízo de ordem moral para a prole.

Tendo como norte a metodologia empregada na elaboração da presente tese, denota-se que, primeiramente, existia na redação originária do

¹⁴⁰ As situações de sexismo são atos performativos de gênero que investem na manutenção da norma heteronormativa/masculina por meio da delimitação das exceções, ou seja, marcando o lugar subalterno de sujeitos femininos (e também de sujeitos masculinos que se afastam do padrão). Desse modo mantém, reforça, amplia, performativamente, a norma. “Mulher no volante, perigo constante”, “Mulher adora terapia...ter a pia suja”, “Mulher nasceu para ser dona de casa, cuidar dos filhos e do marido” são enunciados que vão além de representar o lugar de homens e mulheres na sociedade. Eles, efetivamente, produzem os lugares sociais aos quais se referem, contribuindo para a manutenção das práticas que discriminam e inferiorizam. Para fazer isso, tais enunciados acabam essencializando certas características corporais, comportamentos, afazeres e funções profissionais como sendo naturalmente adequados a sujeitos masculinos ou femininos. (CASTRO, Roney Polato. “O homem pode tudo”... “A mulher é um sexo inferior!”...: discutindo sexismo, machismo e violência contra as mulheres na formação em pedagogia. V *SIES – Simpósio Internacional de Educação Sexual: feminismos, identidades de gênero e políticas públicas*. Disponível em < <http://www.sies.uem.br/trabalhos/2015/599.pdf>>. Acesso em 21. out. 2017.

Código Civil de 1916 marcante diferença de gênero nos cuidados parentais. Ademais, o melhor interesse e a proteção integral da criança e do adolescente eram colocados em segundo plano haja vista que, flagrantemente, a guarda era determinada não pelo melhor interesse da prole, mas sim, para aquele que não fosse considerado como o responsável pela ruptura relacional. Tal postura, inclusive, nos leva ao pensamento do porquê, até o tempo atual, de modo frequente exista no pensamento social de que – principalmente em relação às mulheres – aquele que der causa à separação não possa ficar com os filhos.

Na mesma esteira, a parentalidade responsável não era um fator norteador nas questões atinentes à prole. O fato de não se encontrar em vigência uma doutrina da proteção integral, oportunidade em que crianças e adolescentes eram meros objetos e não sujeitos de direito, é certamente um dos motivos para essa omissão. Na oportunidade em que, no artigo 327 da codificação civilista de 1916, existia a previsão de que havendo motivos graves, poderia o juiz, “a bem dos filhos”, regular por maneira diferente a situação deles para com os pais denota muito mais uma possibilidade de sanção aos adultos por suas atitudes do que, na realidade, um cuidado em relação aos filhos.

Nem mesmo as alterações promovidas em 1962 foram possibilitadoras de mudanças efetivas na questão, vez que, como se pode perceber na redação do artigo 326 § 1º do Código Civil de 1916¹⁴¹ após o Estatuto da Mulher casada, o critério a ser utilizado para a atribuição de guarda não partia como pressuposto da garantia de estabilidade psíquica e / ou afetiva da prole, mas sim, prejuízo de ordem moral para eles.

Nessa linha, necessário relembrar que Decreto-lei nº 869, de 12 de setembro de 1969, instituiu a inclusão da Educação Moral e Cívica como disciplina obrigatória, nas escolas de todos os graus e modalidades, dos sistemas de ensino no País. Apoiando-se nas tradições nacionais, as disciplinas de OSPB (Organização Social e Política Brasileira) e Educação Moral e Cívica tinham como finalidade, entre outros valores, o “aprimoramento do caráter, com

¹⁴¹ Art. 326 § 1º do Código Civil de 1916: Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para êles (sic).

apoio na moral, na dedicação à comunidade e à família, buscando-se o fortalecimento desta como núcleo natural e fundamental da sociedade, a preparação para o casamento e a preservação do vínculo que o constitui”.

A exploração desses conteúdos somente foi interrompida durante o governo Itamar Franco, em junho de 1993, por meio da Lei n. 8.663/1993, ou seja, durante quase cinco anos após a Constituição Federal de 1988 ter alcançado proteção à união estável, a educação estatal ainda era voltada para a preparação ao casamento, bem como quase dezesseis anos após a aprovação do divórcio no Brasil as escolas aplicavam a doutrinação em favor da preservação do vínculo matrimonial.

A utilização do critério da moralidade em detrimento da proteção daqueles que se encontravam no início da vida demonstra, ao fim e ao cabo, uma legislação mais preocupada com os adultos do que com as crianças e adolescente, além de iniciar a inserir a ideia social de que o detentor da guarda possui melhores características e, em outro plano, o outro progenitor estaria revestido de algum conteúdo despido de moral.

Na trajetória histórica da atribuição da guarda dos filhos, após quase noventa anos de vigência do Código Civil de 1916, a redação inicial do código civilista de 2002 também tratou apenas do exercício unitário. Totalmente atrelado às questões dos papéis sociais, anteriormente apresentados, sabe-se que tal exercício era costumeiramente realizado pelas mães.

O termo “guarda”, entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante. Essa situação de guarda da coisa fica bem evidente quando dela tratamos no direito obrigacional. Entretanto, quando se trata de definir a “guarda” de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que aqui, por óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstâncias que invocam

sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar¹⁴².

O ato de guardar indica que, ou o que, se guarda está dotado, pelo menos, de duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda¹⁴³.

Em se tratando das relações familiares, o termo guarda apresenta novo conceito, vez que o fato de se pôr a salvo de estranhos não pode se transformar em uma batalha para o tratamento do outro genitor como “mais um” estranho no mundo.

Ela surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas nos dispositivos do Código Civil que versam sobre o poder familiar¹⁴⁴.

Na constância do casamento, ou em outra forma de família, o exercício da guarda é comum. Predomina a ideia de que as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Ao genitor que discordar cabe recurso ao Judiciário. É nesse momento que a questão ganha relevo: qual dos genitores é o mais indicado para deter, com exclusividade, a guarda dos filhos? Qual o modelo a ser aplicado em benefício deles¹⁴⁵?

Infelizmente, não é nada infrequente os juízes se depararem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição de guardador,

¹⁴² ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 71, abr./maio 2012, p. 88.

¹⁴³ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 44.

¹⁴⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59-60.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 72.

muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, em que visam a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor. Tudo o que o juiz não pode é confundir o bem do filho com o desejo do filho, pois nem sempre sua vontade é suficientemente madura para decidir pelo que realmente lhe convém¹⁴⁶.

Segundo os dados do IBGE, referentes ao ano de 2002, a guarda dos filhos ficava, na maior parte dos casos, com a mãe (91,8% nas separações e 89,7% nos divórcios). O pai ficava com a guarda em 4,8% das separações e 5,8% dos divórcios. Apesar do silêncio legislativo, de forma embrionária por meio de acordo entre os genitores¹⁴⁷, a guarda compartilhada correspondia apenas 2,6% das separações e 2,7% dos divórcios¹⁴⁸.

Em junho de 2008, por meio da Lei 11.698, passou a ser expressamente possível o compartilhamento da guarda no Brasil, sendo tal edição legislativa um verdadeiro marco nas questões parentais em nosso ordenamento jurídico, nos seguintes termos:

Quadro n. 8: comparativo entre a redação originária do artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) e as modificações após a Lei 11.698/2008

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. In: IBIAS, Delma Silveira. (coord.) *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra&Vida, 2012, p. 116.

¹⁴⁷ Embora ausente qualquer regulamentação de compartilhamento de guarda, ainda durante o período de *vacatio legis* do Código Civil, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu a I Jornada de Direito Civil, momento em que foi elaborado o Enunciado 101, o qual versa: “sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda de filhos’, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança”. No ano de 2006, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 335, com o seguinte teor: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.

¹⁴⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/17122003registrocivilhtml.shtm#sub_pesquisas>. Acesso em 17 jul. 2017.

Código Civil (redação original) Lei 10.406/2002	Código Civil (após 11.698/2008)
Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, <u>observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.</u>	Art. 1.583. A guarda será <u>unilateral ou compartilhada.</u>
	§ 1º Compreende-se por <u>guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores</u> ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por <u>guarda compartilhada a responsabilização conjunta</u> e o <u>exercício de direitos e deveres</u> do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, <u>concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.</u>
	§ 2º A <u>guarda unilateral</u> será atribuída ao genitor que revele <u>melhores condições para exercê-la</u> e, objetivamente, <u>mais aptidão</u> para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – <u>afeto nas relações</u> com o genitor e com o grupo familiar; II – <u>saúde e segurança;</u> III – <u>educação.</u>
	§ 3º A <u>guarda unilateral obriga</u> o pai ou a mãe que não a detenha a <u>supervisionar os interesses</u> dos <u>filhos.</u>
Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, <u>sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos,</u> será ela atribuída a quem revelar <u>melhores condições para exercê-la.</u>	Art. 1.584. A guarda, <u>unilateral ou compartilhada,</u> poderá ser: I – requerida, por <u>consenso</u> , pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – <u>decretada pelo juiz,</u> em atenção a <u>necessidades específicas do filho,</u> ou em razão da <u>distribuição de tempo</u> necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
	§ 1º Na audiência de conciliação, o <u>juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada,</u> a sua

	importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
	§ 2º Quando <u>não houver acordo</u> entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, <u>será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.</u>
	§ 3º Para estabelecer as <u>atribuições</u> do pai e da mãe e os <u>períodos</u> de <u>convivência</u> sob <u>guarda compartilhada</u> , o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, <u>poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.</u>
	§ 4º A <u>alteração</u> não autorizada ou o <u>descumprimento</u> imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, <u>poderá implicar a redução de prerrogativas</u> atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.
Parágrafo único. Verificando que os filhos <u>não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe</u> , o juiz deferirá a sua <u>guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida</u> , de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.	§ 5º Se o juiz verificar que o filho <u>não deve permanecer sob a guarda do pai</u> ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

Tendo como premissa a análise de conteúdo enquanto metodologia elegida enquanto norteadora da presente tese, verifica-se que, na redação originária dos dispositivos a respeito da guarda no Código Civil de 2002, existia, em primeiro plano, a possibilidade de que em consenso, os genitores pudessem estabelecer o que lhes parecesse mais interessante para a vida da prole.

Em segunda hipótese, a previsão inicial do artigo 1.584 da codificação civilista, estabelecia que sem a presença de acordo quanto à guarda dos filhos, ela seria atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la.

Impressiona a lógica legislada que, mesmo vigente desde 1988, a doutrina de proteção integral de crianças e adolescente, na ausência de consenso, a atribuição da guarda unilateral seria direcionada a quem revelasse “melhores condições para exercê-la”. Embora o instituto tenha como escopo o interesse da prole, denota-se no texto legal flagrante direcionamento para as aptidões dos adultos do que, em verdade, a proteção integral da prole.

Ao depois, importante referir, com fundamento no quadro acima exposto, que o diploma civil brasileiro não referia qualquer ferramenta para nortear o julgador em direção de qual dos genitores seria o melhor indicado para o exercício da unilateralidade. Tal situação denota, de maneira incontestada, o quanto é recente a visibilidade da intervenção interdisciplinar do Serviço Social e da Psicologia nas questões atinentes à guarda.

Por meio da Lei 11.698, em 2008, o exercício das responsabilidades dos genitores foi sensivelmente modificado a partir da inserção do compartilhamento da guarda no Código Civil. De acordo com o parágrafo 1º do artigo 1.583 de nossa codificação civil, guarda unilateral foi conceituada como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Todavia, desde então, o compartilhamento das responsabilidades foi reiteradamente confundido com a alternância de guarda. De forma equivocada, falava-se em divisão estanque do tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua “mochila” como o único objeto seguro na sua vida.

Na verdade, a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados. Por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai¹⁴⁹. Esse modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais. Dessa forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a cada um

¹⁴⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

deles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.

É bem verdade que inexistente uma fórmula mágica ou mesmo um manual de regras incontroversas que garantam sucesso perante o relacionamento familiar, uma vez que o convívio – ou a ausência dele – envolve sentimentos humanos ambivalentes, tais como amor e ódio, aceitação e rejeição, afeto e desafeto¹⁵⁰. Contudo, a alternância de tempo de forma estanque e inflexível poderia gerar desconforto e falta de referencial para a prole.

Entendemos, inclusive, da mesma forma alertada desde há muito por Fernanda Rocha Lourenço, que a guarda alternada é o reflexo de egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança¹⁵¹.

Por outro lado, a guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos¹⁵². Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais¹⁵³.

Importante salientar que a alteração promovida pela Lei 11.698, em 2008, foi possível a partir do projeto redigido pelo Deputado Tilden Santiago, ainda no ano de *vacatio legis* do Código Civil de 2002, onde jamais foi cogitada a implementação de guarda alternada. Segundo a justificação da iniciativa, o escopo seria de reforçar “a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos

¹⁵⁰ BOULOS, Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

¹⁵¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

¹⁵² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90-91.

¹⁵³ SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. *Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set. 2012, p. 78.

filhos”. Ainda, de acordo com o texto, a “guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade”.

Nessa esteira, apesar da falta de compreensão, verifica-se que a aplicação do compartilhamento sempre permitiu que a prole pudesse residir com um dos genitores, ou seja, um deles seria o detentor da custódia física. Ao outro progenitor, em outra banda, seria permitida a participação ativa na vida dos filhos. Sobre isso, mais uma vez, fundamentamos na justificativa do Projeto de Lei (sem destaque no original)¹⁵⁴:

Na guarda compartilhada, **um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho**, ressaltando sempre o fato de **dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar**. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, **mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade** para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

Seguindo a análise das modificações implementadas em 2008, a guarda unilateral, de acordo com o art. 1.583, § 1º, de nossa codificação civil, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole.

Na redação inserida ao § 2º do art. 1.583 do Código Civil, a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II)

¹⁵⁴ A íntegra do Projeto de Lei é o anexo B da presente tese.

saúde e segurança; e, por último, (III) educação.

Conforme Douglas Phillips Freitas, o rol era qualitativo, sendo o primeiro inciso o de maior prestígio. Porém, os incisos são interdependentes, uma vez que, mesmo tendo o afeto destaque nas relações familistas, não há como negar que a guarda deva ser concedida àquele que propicie também melhores condições de saúde, educação e segurança ao filho¹⁵⁵.

Por óbvio que esse dispositivo jamais poderia ser aplicado sob a ótica prioritária da capacidade econômica dos genitores, com o perigo de beneficiar o pai ou a mãe em melhor condição financeira, em detrimento do outro menos favorecido economicamente¹⁵⁶.

Embora ausente qualquer expressão a respeito da doutrina da proteção integral verifica-se, a partir dos três critérios à época elegidos como norteadores para a atribuição da guarda unilateral, o início da presença de vetores que demonstram que a finalística do instituto é o melhor interesse da criança e do adolescente.

O parágrafo § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, a partir de 2008, já assinalava uma realidade – somente efetivada em 2014 – que mesmo ausente acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, “sempre que possível”, a guarda compartilhada.

Todavia, com a expressão “sempre que possível”, acabou sendo equivocadamente interpretado que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores¹⁵⁷. Ora, filhos de pais que mantêm o diálogo e se

¹⁵⁵ FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*. comentários à Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 53.

¹⁵⁶ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 47.

¹⁵⁷ “1. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 2. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida” (Apelação Cível n. 70059147280, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 16-4-2014).

entendem bem, nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos¹⁵⁸.

Raras eram as decisões que aplicavam o compartilhamento em casos de litígio. Uma das primeiras foi no julgamento do Recurso Especial n. 1.251.000–MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 23 de agosto de 2011. Segundo o julgado, a “inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole”¹⁵⁹

Cristiano Chaves de Farias, em análise mais abrangente, infere que o palco mais iluminado para o exercício conjunto da guarda é, exatamente, o litígio, quando (e o cotidiano nas Varas de Família revela tal conclusão como inexorável) o genitor que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro instrumento de chantagem, dificultando, de diferentes modos, o contato entre o

“Guarda compartilhada pressupõe, de um modo geral, consenso entre os pais. É rara, se se pretende êxito assegurado, a modalidade da guarda compartilhada litigiosa, que será sempre uma guarda imposta e exercitada por duas pessoas” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0024.09.704551-2/0037045512-60.2009.8.13.0024(1), Relator Des. Wander Marotta, data de julgamento: 6-12-2011, data da publicação da súmula: 13-1-2012).

¹⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

¹⁵⁹ O entendimento também foi mantido em novo julgado da Corte em 2014: “1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. (...)” (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1428596/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3-6-2014, DJe 25-6-2014).

pai não guardião e o filho¹⁶⁰.

Determinar a guarda unilateral como regra geral de conduta é diminuir os cuidados inerentes ao poder familiar daquele genitor a quem não foi outorgada a guarda e representa um prejuízo ao desenvolvimento da personalidade do filho que se vê afastado de um dos genitores.¹⁶¹

Por fim, em relação às questões processuais, a nova redação do 1.584 em 2008 estabeleceu que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderia ser requerida em acordo pelos genitores em qualquer ação pertinente à prole ou em relação à dissolução afetiva do casal. Nessas hipóteses, de acordo com o parágrafo 1º do artigo em questão, na audiência de conciliação, o juiz deveria informar ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Em último caso, poderia a guarda ser decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. Sinale-se que, no artigo 1.584, II do Código Civil, ao valorizar as especificidades da prole existe, de modo incontestado, a valorização do melhor interesse da criança e do adolescente.

Conforme o parágrafo 3º do artigo 1.584 do Código Civil, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderia basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. Com essa inserção, em 2008, consolida-se a intervenção do Serviço Social e da Psicologia, existente desde há muito nas Varas de Família, como meio essencial do respeito à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Por outro lado, em desprezo a tal principiologia vigente o parágrafo 4º do artigo 1.584 estabelecia que a alteração não autorizada ou o descumprimento

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades polêmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 152.

¹⁶¹ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 14, p. 17640.

imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderia implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. Em síntese, aquele genitor que descumprisse algum dos seus deveres ou, inclusive os horários de retirada ou entrega do filho, poderia ter como sanção até mesmo a redução do tempo de convívio com a prole. Flagrante a desarrazoada previsão que, por meio daqueles que merecem especial proteção, buscar-se-ia punir o adulto. Seria, dito de outro modo, aplicar “castigo” ao filho em razão do comportamento “malcriado” do genitor.

Por fim, no parágrafo § 5º do artigo 1.584 da codificação civil, existia a previsão de que, em situações extremas, se o juiz verificasse que o filho não deveria permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferiria a guarda à pessoa que revelasse compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Destaca-se que, no ano seguinte, a Lei 12.010/2009 também inseriu esse critério como norteador da colocação de crianças e adolescentes em família substituta, estabelecendo-se como preferência a atribuição aos integrantes da família extensa ou ampliada (artigo 25 § único do ECA).

Em 2011, com o intuito de dirimir as confusões terminológicas entre guarda compartilhada e unilateral, se fizeram presentes na prática social e daqueles que laboram com as questões familistas, o Deputado Arnaldo Faria de Sá redigiu o Projeto de Lei que, em dezembro de 2014, originou a Lei 13.058. Além disso, como aprofundaremos no próximo tópico, a alteração legislativa tornou o compartilhamento enquanto regra geral e, também, a partir de então, sua aplicação em casos de litígio ficou expressamente prevista.

A alteração trouxe novos ares à temática, acima de tudo para proporcionar o final do mito dos filhos “mochilinhas”, típico daquilo estabelecido na guarda alternada. Com foco na igualdade parental a nova redação dos dispositivos torna viável a criação de um espaço a um novo papel de ambos os genitores, de visitantes a conviventes, e, acima de tudo, que as Varas de Família expressem, em suas medidas e decisões, aquilo que uma criança, mesmo em sua ingenuidade, sabe melhor do que qualquer adulto: dois representam mais

do que um.

Destarte, o ano de 2014 representou o marco da transformação de uma lógica anteriormente reiterada socialmente como “homem não tem jeito com criança” – ideia presa aos papéis sociais que atribuíam os cuidados parentais apenas a mãe – para uma realidade presente de que ambos os pais são essenciais na vida da prole.

A mudança realizada pela Lei 13.058 torna possível a efetivação da alteração legislativa promovida em 2008, ao instituir a guarda compartilhada no Brasil, vez que na justificativa do Projeto de Lei, seu autor fundamentou a aplicação do instituto frente ao “desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária”. Segundo o deputado Tilden Santiago, a nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, é medida abusiva e contrária à igualdade.

Assim, no percurso do instituto da guarda no direito brasileiro, pudemos perceber uma origem unitária e, preferencialmente, destinada aos cuidados maternos e, no mesmo passo de conquista de espaço e emancipação feminina, tivemos a consolidação igualitária de cogestão dos interesses da prole entre ambos os genitores. No próximo tópico, último do presente capítulo, vamos analisar as mudanças de paradigma que o compartilhamento enquanto via preferencial acarretará na sociedade contemporânea.

2.4 “Eu ganhei a guarda”: o compartilhamento como regra geral enquanto novo paradigma

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

na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, tornava-se ainda mais inadequada quando a legislação levava em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério para a atribuição da guarda¹⁶².

O avanço legislativo contribui para que, por meio da atribuição conjunta de responsabilidades, possa ser pavimentado um caminho virtuoso para a coparentalidade e a preservação do bom desenvolvimento psíquico da prole, principalmente após o desfazimento do vínculo conjugal ou convivencial de seus pais.

Outra vantagem, a partir de 2014 onde a guarda unilateral deixou de ser aplicada enquanto regra, foi acabar com a adoção desse modelo como única via possível. Na prática, a unilateralidade, ao fim e ao cabo, reduzia a relação de ambos os genitores a uma mera monoparentalidade. Importante salientar, nesse sentido, que a guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos (CC, art. 1.632¹⁶³).

Como trabalhamos anteriormente, o instituto da guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 1.694, II, do Código Civil¹⁶⁴) e deve atender aos interesses da criança, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional, bem como garantir que seus direitos não sejam violados ou ameaçados.

Tendo como escopo a análise de conteúdo presente na alteração legislativa que tornou o compartilhamento da guarda a regra geral no direito brasileiro, passaremos ao exame do quadro comparativo a seguir:

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309.

¹⁶³ Art. 1.632 do Código Civil: A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

¹⁶⁴ Art. 1.634 do Código Civil: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] II – tê-los em sua companhia e guarda.

Quadro n. 9: comparativo entre a redação originária do artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), as modificações após a Lei 11.698/2008 e, por fim, as alterações implementadas pela Lei 13.058/2014.

Código Civil (redação original Lei 10.406/2002)	Código Civil (após 11.698/2008)	Código Civil (após 13.058/2014)
Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, <u>observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.</u>	Art. 1.583. A guarda será <u>unilateral ou compartilhada.</u>	Sem alteração
	§ 1º Compreende-se por <u>guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores</u> ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por <u>guarda compartilhada a responsabilização conjunta</u> e o <u>exercício de direitos e deveres</u> do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.	
	§ 2º A <u>guarda unilateral</u> será atribuída ao genitor que revele <u>melhores condições para exercê-la</u> e, objetivamente, <u>mais aptidão</u> para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – <u>afeto nas relações</u> com o genitor e com o grupo familiar; II – <u>saúde</u> e	§ 2o Na <u>guarda compartilhada</u> , o tempo de convívio com os filhos deve ser <u>dividido de forma equilibrada</u> com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as <u>condições fáticas e os interesses dos filhos.</u> I - (revogado); II - (revogado);

	<u>segurança;</u> III – <u>educação.</u>	III - (revogado).
	§ 3º A <u>guarda unilateral obriga</u> o pai ou a mãe que não a detenha a <u>supervisionar os interesses dos filhos.</u>	§ 3º Na <u>guarda compartilhada</u> , a <u>cidade considerada base de moradia dos filhos</u> será aquela que <u>melhor atender aos interesses dos filhos.</u>
	§ 4º Vetado	Sem alteração
		§ 5º A <u>guarda unilateral obriga</u> o pai ou a mãe que <u>não a detenha</u> a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores <u>sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas</u> , objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.
Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, <u>sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos</u> , será ela atribuída a quem revelar <u>melhores condições para exercê-la.</u>	Art. 1.584. A guarda, <u>unilateral ou compartilhada</u> , poderá ser: I – requerida, por <u>consenso</u> , pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – <u>decretada pelo juiz</u> , em atenção a <u>necessidades específicas do filho</u> , ou em razão da <u>distribuição de tempo</u>	Sem alteração

	necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.	
	§ 1º Na audiência de conciliação, o <u>juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada,</u> a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.	Sem alteração
	§ 2º Quando <u>não houver acordo</u> entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, <u>será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.</u>	§ 2º Quando <u>não houver acordo</u> entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, <u>encontrando-se ambos os genitores</u> aptos a exercer o <u>poder familiar,</u> será aplicada a <u>guarda compartilhada,</u> <u>salvo</u> se um dos genitores declarar ao magistrado que <u>não deseja a guarda do menor.</u>
	§ 3º Para estabelecer as <u>atribuições</u> do pai e da mãe e os <u>períodos de convivência sob guarda compartilhada,</u> o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, <u>poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.</u>	§ 3º Para estabelecer as <u>atribuições</u> do pai e da mãe e os <u>períodos de convivência sob guarda compartilhada,</u> o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, <u>poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar,</u> que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.
	§ 4º A <u>alteração</u> não autorizada ou o <u>descumprimento</u> imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, <u>poderá implicar a redução de prerrogativas</u>	§ 4º A <u>alteração</u> não autorizada ou o <u>descumprimento</u> imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada <u>poderá implicar a redução de prerrogativas</u> atribuídas

	atribuídas ao seu detentor, <u>inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.</u>	ao seu detentor.
Parágrafo único. Verificando que os filhos <u>não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe,</u> o juiz deferirá a sua <u>guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida,</u> de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.	§ 5º Se o juiz verificar que o filho <u>não deve permanecer sob a guarda do pai</u> ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”	Sem alteração.
		§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Com base no quadro acima exposto verifica-se, em primeiro plano, que a intenção apresentada no Projeto de Lei que originou a Lei 13.058/2014 no sentido de possibilitar o esclarecimento da guarda compartilhada foi atingido vez que, em nenhum ponto das suas modificações, houve alteração no conceito do próprio instituto. Assim, permaneceu a conotação que compartilhar significa “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres” de ambos os genitores.

Em seguida, na tentativa de afastar o instituto da guarda (que, como visto, significa “gestão” da vida da prole”) em relação ao tempo que a prole fica com o genitor que não detém sua base de residência, o parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil estabelece que o convívio deve ser equilibrado.

As transformações das relações em família ocorrem de forma constante e, quase silenciosamente, a prática dos Tribunais impulsiona a mudança da legislação. Essa “revolução silenciosa”, na maioria das vezes, inicia pela interpretação dos dispositivos legais à luz da principiologia constitucional, para que, em momento posterior, o legislador (ainda que tardiamente, como seu costume) possa adaptar os textos legais àquela realidade já desde há muito consolidada pela jurisprudência.

O tempo que a prole permanecerá na companhia do genitor e a determinação da divisão de feriados e de todos os detalhamentos que se mostram imperiosos são tratados originariamente em nossa codificação civil, no art. 1.589, como o direito de visitas.

Segundo a legislação, o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge ou for fixado pelo juiz. Assim, tal definição pode ser realizada em ação consensual ou litigiosa, cumulada ou outras ações (divórcio e dissolução de união estável, por exemplo, desde que seja tratada a questão da guarda e alimentos em conjunto).

Todavia, a expressão “visitas” passou a ser fortemente criticada à luz dos novos direitos apresentados pela Carta Magna de 1998. No art. 227¹⁶⁵, além da enorme gama de direitos inerentes à lógica apresentada pela doutrina da proteção integral, o constituinte elencou, com absoluta prioridade, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária.

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que consolidou a doutrina da proteção integral no nosso ordenamento jurídico, repetiu no art. 4º o dever compartilhado entre a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

¹⁶⁵ Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, o microsistema jurídico ainda apresentou, dentre a consolidação dos direitos de liberdade das crianças e adolescentes, participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação (art. 16, V, do ECA). Tais sujeitos, considerando o tratamento contemporâneo de pessoas em “processo de desenvolvimento” (art. 15 do ECA), necessitam desse vínculo para a formação de sua personalidade e saúde psíquica.

A Lei n. 12.010/2009, chamada de Lei da Adoção, ao modificar o ECA, tendo em vista diminuir o tempo de institucionalização de crianças e adolescentes, apresentou, no art. 19, § 1º, que toda criança ou adolescente nessas situações terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

No mesmo sentido, o § 2º do mesmo art. 19 do ECA limita a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional ao prazo de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Por fim, ainda existe a previsão de que a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio (art. 19, § 3º, do ECA).

Indo além sob a ótica da doutrina da proteção integral, privar uma criança e adolescente da sadia convivência com seus ascendentes é, por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, formas de atendimento que não se coadunam com a previsão contida no art. 227 da Constituição Federal.

Apesar disso, forçosamente muitas famílias experimentaram com o passar dos anos, o desatendimento de tal previsão por parte do Estado-Juiz. Inúmeras vezes, o atendimento do tempo de convivência do genitor não guardião com a prole restringia-se à mera “visita”, enquanto, como vimos, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o direito à convivência.

A fixação de singelos finais de semana alternados, como tradicionalmente fora realizado nas Varas de Família (se é que podemos considerar família o mero direito às escassas horas de um mês), importava em que um dos progenitores permanecesse ao lado de seu filho em apenas quatro dias, enquanto os demais vinte e seis eram vividos na companhia do guardião.

Esse ultrapassado modelo gerava, por certo, a formação de “pais recreativos” ou de *fast food* que, considerando o restrito tempo de convívio com o filho, muitas vezes faziam a criação de um mundo encantado em que todos perdiam: a) o não guardião que precisaria ter uma programação cultural e recreativa intensa, forçado a usar os poucos dias para fazer toda a programação que não consegue realizar com o filho nos demais dias do mês; b) perdia o guardião que, ao filho retornar para a casa depois de tantas atividades, por vezes gerava a sensação de que o genitor legal é o visitante, quando “faz coisas legais”, e o titular da guarda realiza as funções “chatas” de cobrança de temas de casa, higiene, horário para dormir e necessidade de comer salada; e, por último, c) perde o filho, dividido entre dois mundos por escolha de seus progenitores e diversas vezes usado como “cabo de guerra” entre ambos.

Atentos a tais fatores, doutrina e jurisprudência passaram a aposentar o termo “visitas”, substituindo-o por “convivência”, até para justificar a postulação de um tempo maior de permanência da prole com o não guardião.

Além da inserção do parágrafo único no art. 1.589 do Código Civil, para estender aos avós o direito de convivência, os Tribunais também têm consolidado novos direitos à convivência, entre eles a fixação de tal situação entre tios e sobrinhos¹⁶⁶ e, também, entre irmãos unilaterais¹⁶⁷ (aqueles que

¹⁶⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Não havendo nos autos indicativos de que a visitação da tia paterna é nociva à criança, deve ser mantida a decisão monocrática que concedeu à tia o direito de visitação à sobrinha, em virtude do falecimento do pai da menina, irmão da agravada. Caso em que, em virtude da flagrante animosidade entre as famílias, deve ser parcialmente modificada a decisão para que a visitação seja efetuada junto ao Núcleo de Apoio à Família NAF. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO (Agravado de Instrumento n. 70023407216, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 12-6-2008).

¹⁶⁷ Regulamentação de visitas. (...) Os irmãos, tal como os tios e avós, têm direito de visita, em relação aos menores, irmãos, sobrinhos ou netos, ainda que com amplitude reduzida. Embora não sendo titulares de pátrio poder, aos irmãos, pelos princípios que orientam o direito de família, pela solidariedade familiar, pelo interesse na formação da personalidade e do psiquismo do menor, deve ser assegurado, com limitação, o direito de visitas, em relação aos irmãos menores,

possuem em comum apenas um dos pais, popularmente chamados de “meios-irmãos”).

Ao estabelecer, a nova redação de nossa codificação civil, a partir da Lei n. 13.058/2014, que essa convivência será equilibrada, importa na impossibilidade da antiga fixação de “finais de semanas alternados”. Afinal, quatro dias para um dos pais em detrimento de outros vinte e seis de companhia da prole com o outro jamais poderão ser interpretados como “convivência equilibrada”, que passa a ser a lógica do sistema jurídico.

É preciso dizer que a convivência que a guarda compartilhada busca contemplar atende à criança em sua necessidade em contar com o pai e a mãe, e também a uma legítima reivindicação dos homens que descobriram a realização em exercer a parentalidade¹⁶⁸.

Mostra-se imperativa a manutenção da convivência com ambos os pais, garantindo a proteção dos respectivos direitos das crianças e dos adolescentes. Esse é o exercício da autoridade parental, que não é, e nem deve ser, atribuído apenas ao guardião, pois os deveres e os direitos inerentes ao instituto, relativamente aos filhos, não se extinguem com o divórcio do casal¹⁶⁹.

Embora exista a necessidade de decisão conjunta sobre as questões da vida da prole, a regulamentação da rotina de convivência pode permitir uma melhor organização para todos os envolvidos.

Por óbvio que a dinamicidade do dia a dia, como, por exemplo, uma festa de algum familiar materno no dia estabelecido em que o menino ficaria com o pai, ou uma viagem da prole com o genitor em um feriado que, originariamente, seria da mãe, pode e deve ser ajustada entre eles. Contudo, o ganho é significativo quando exista, com antecedência, o planejamento da rotina.

Importante consignar que, mesmo em se tratando de infantes de tenra

ainda que unilaterais. Recurso provido em parte (TJRJ, Processo n. 1995.001.07632, 5ª CC, 9-4-2010).

¹⁶⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171.

¹⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90.

idade,¹⁷⁰ será possível tal aplicação, sem a necessidade de acompanhamento da genitora. Mesmo enquanto lactante é imprescindível que o genitor, quando não for o detentor da custódia física, tenha o direito estabelecido.

Ainda que, inicialmente, não se mostre possível o direito de pernoite durante a amamentação é possível que o pai passe dois turnos com o filho em um ou ambos os dias dos finais de semana, além de turnos no decorrer dos dias úteis.

Esse comportamento ajuda a diminuir a insegurança da mãe em relação ao cuidado do genitor com o bebê e, em uma escala progressiva, possibilitará o pernoite assim que existirem condições para a sua operacionalização.

Na fixação do regime de convivência deve ser buscada, em um ambiente ideal, uma construção conjunta dos dias, horários e locais de retirada, sempre pensando no melhor interesse da prole. Os horários devem atender ao conforto dos filhos e não dos genitores.

Por meio do auxílio da equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família ou em ambiente mediativo (por meio de sessões de mediação), os pais podem apresentar um plano de convivência detalhado e pensado em conjunto.

Desimporta manifestação de desejo do não guardião. Afinal, o que está em jogo é a garantia do direito de convivência familiar cuja titularidade não é dos progenitores, mas sim dos filhos. Assim, o representante do Ministério

¹⁷⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. GUARDA DE FILHO MENOR (11 MESES). PRETENSÃO À VEDAÇÃO DE VISITAÇÃO PATERNA SEM ACOMPANHAMENTO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZEM O RECONHECIMENTO DE EVENTUAL PREJUÍZO AO PEQUENO. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. RECURSO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 70032010688, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 11-11-2009).

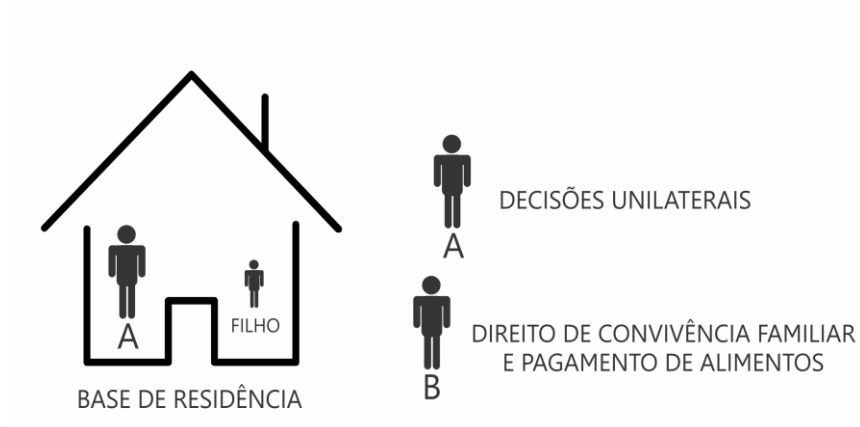
AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAÇÃO COM PERNOITE. A criança conta três anos de idade e não há, nas alegações da agravante, qualquer óbice para afastar o contato mais estreito com o pai, devendo ser mantido o pernoite em finais de semana alternados. O convívio do infante com seu genitor deve ser prestigiado, a fim de garantir a ambos a consolidação dos vínculos afetivos. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO DE VISITA. É de todo elogiável a decisão judicial que, acolhendo pronunciamento do Ministério Público, autorizou as visitas do recorrido ao enteado, com quem conviveu por vários anos. CONHECERAM EM PARTE E NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE (Agravado de Instrumento n. 70006766174, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 18-2-2004).

Público que deixar de garantir tal prerrogativa está, certamente, descumprindo seu papel e o da função da Instituição a que integra.

Retornando à análise do quadro comparativo existe, no parágrafo 3º do artigo 1.583 do Código Civil, a importante previsão de que agora, a fixação de qual das residências a prole irá residir, ou seja, com qual dos genitores ficará a base de residência (custódia física), é consequência direta do estabelecimento do compartilhamento da guarda, podendo acontecer, inclusive quando os pais residam em Cidades diferentes. Nesse caso, a “cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

Para visualizarmos as diferenças, enquanto antítese, vejamos como funciona a guarda unilateral¹⁷¹:

Gravura n. 2: conceito de guarda unilateral



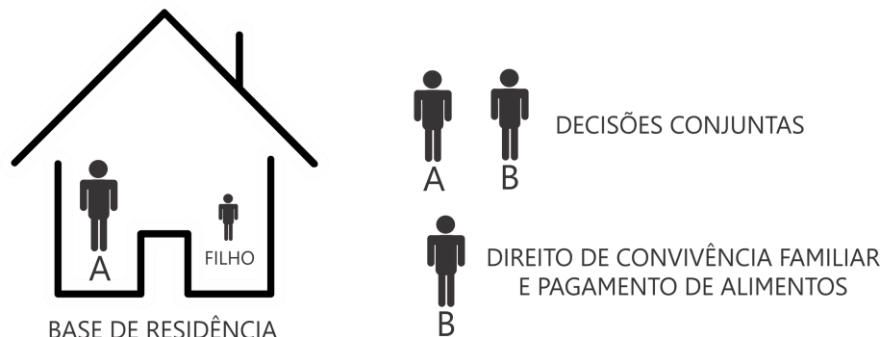
Como podemos perceber, na guarda unilateral o filho irá residir com um dos pais, *in casu*, o genitor denominado “A” – que pode ser tanto a mãe quanto o pai – e este, considerando a aplicação excepcional do exercício unitário da guarda, decidirá sozinho as questões a respeito da vida do filho.

Por outro lado, o genitor “B” terá em seu favor um regime de convivência familiar com a prole (anteriormente denominado como direito de visitas) e, também, arcará mensalmente com o pagamento de pensão alimentícia.

¹⁷¹ Fonte: ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 512 p.

Agora vejamos o funcionamento da modalidade que é a regra geral em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a guarda compartilhada¹⁷²:

Gravura n. 3: conceito de guarda compartilhada



Nessa modalidade, o filho continua residindo com um dos genitores vez que, ao contrário do que muitas pessoas imaginam, a Lei determina a fixação de uma base de residência, ou seja, um dos genitores terá o que até pouco tempo se denominava como custódia física. No desenho acima, o genitor “A” (que pode ser qualquer dos pais) é a base de residência do filho. Por sua vez, todas as decisões significativas da vida da prole, entre elas, eleição da escola, atividades extracurriculares, questões a respeito da saúde e bem-estar, deverão ser decididas em conjunto por ambos os pais (no gráfico “A” e “B”).

Em favor do genitor “B”, o artigo 1.583 § 2º do Código Civil determina a fixação de um amplo regime de convivência familiar, visando ao pleno exercício da coparentalidade.¹⁷³ O genitor que não tem a base de residência, nesse caso o genitor “B” será o responsável ao pagamento da pensão alimentícia em favor da prole.¹⁷⁴ O compartilhamento é das decisões, inalteradas as necessidades da

¹⁷² Ibid.

¹⁷³.Nesse sentido, o Enunciado 605 das Jornadas de Direito Civil: “A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência”.

Enunciado 603 das Jornadas de Direito Civil: “A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais”.

Enunciado 604 das Jornadas de Direito Civil: “A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho”.

¹⁷⁴.Enunciado 607 das Jornadas de Direito Civil: “A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia”.

criança ou adolescente.

São evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, já que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, não ficando um dos pais como mero coadjuvante na criação do filho, ao contribuir apenas com os alimentos e tendo como “recompensa” o direito à visitação¹⁷⁵

Ainda em relação ao artigo 1.583 § 3º do Código Civil e as alterações realizadas em 2014, com o intuito de dirimir mais um dos equívocos quanto ao compartilhamento da guarda, a nova previsão esclarece que mesmo com a moradia dos genitores em Municípios diferentes será possível a aplicação do instituto. Por certo os argumentos contrários a essa situação residem na confusão terminológica com a guarda alternada, sem previsão legal no Brasil.

Os avanços da tecnologia permitiram, com o passar do tempo, que distâncias fossem abreviadas e, em uma era de comunicação instantânea, a participação na decisão na vida dos filhos mesmo à distância mostra-se plenamente possível (pelo menos) em famílias de classe média.¹⁷⁶

Por fim, de acordo com a nova redação do art. 1.583, § 5º, de nossa codificação civil, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, “qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”. Dessa forma, apesar de

¹⁷⁵ SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set.2012, p. 76.

¹⁷⁶ A normativa tem sido aplicada com êxito nos Tribunais Estaduais. Existe, por outro lado julgamento isolado do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2016, no sentido de que a guarda compartilhada de filhos está sujeita a fatores geográficos. Ou seja, para os julgadores que decidiram a questão, sob a relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva, não há como aplicar a guarda compartilhada quando os genitores residirem em cidades diferentes. (...) 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. (...) 5. Recurso especial não provido. (REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 27/06/2016)

o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola e, nas famílias de classe média, as atividades extracurriculares e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos.

Afinal, impedir a propositura da prestação de contas poderia fazer periclitare os interesses das crianças e adolescentes que devem ser tutelados preferencial e integralmente. Sendo vedado o ajuizamento da ação, a má administração de verba pecuniária destinada à manutenção e educação de filho não seria passível de um eficiente controle. Por isso, na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente, é reconhecida ao genitor-alimentante (bem como ao Ministério Público e a qualquer outra pessoa interessada, como os avós e os tios) a legitimidade para requerer a prestação de contas do genitor que detiver a guarda e estiver administrando a importância pecuniária paga a título de alimentos¹⁷⁷.

Não se olvide, ainda, da possibilidade de admitir que o próprio filho exija a prestação de contas do guardião que lhe administra a pensão, pois é o filho o titular do valor recebido a título de alimentos. Em tais situações, poderá ter aplicação o disposto no art. 1.692 do Código Civil, que estabelece: “sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial”¹⁷⁸.

Faz-se mister ressaltar que, em nosso entendimento, apesar de a disposição do § 5º do art. 1.583 do Código Civil restringir a possibilidade de solicitar informações e/ou prestação de contas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem os filhos aos detentores da guarda unilateral, não visualizamos nenhum impedimento para que, também na guarda compartilhada, o genitor que paga alimentos possa ajuizar ação para esse fim.

Restringir essa possibilidade ao detentor da guarda unilateral, por

¹⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infantojuvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*, Belém, v. 1, dez. 2010, p. 58.

¹⁷⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 431.

certo, mostraria como contraditória a disposição constante no § 1º do art. 1.583 de nossa codificação civil, na redação já existente desde a Lei n. 11.698/2008, que estabelece que a guarda compartilhada pressupõe a “responsabilização conjunta”. Esse encargo, concernente ao poder familiar, é fundado no exercício igualitário de direitos e deveres do pai e da mãe.

Um dos pontos de maior destaque nas alterações realizadas em 2014, certamente, é a previsão do parágrafo 2º do artigo 1.584 de nossa codificação civil: quando “não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

A tendência adulto-centrista, que marcava as disposições do Código Civil, cedeu lugar, nas sociedades modernas, ao reexame da situação dos filhos. A separação dos pais não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, para as quais não há divórcio¹⁷⁹.

Todavia, sabe-se que as Varas de Família desde há muito transpassam nas folhas de cada processo as páginas de amor que, talvez (pelo menos para um dos envolvidos), ainda precisavam ser escritas.

As petições nos processos familistas, costumeiramente, são como papéis de carta às avessas. Isso porque os papéis de carta, que eram colecionados pelas meninas durante a infância, os quais, quando elas estavam arrebatadas por uma paixão, eram os instrumentos para revelar seus sentimentos. E as petições, por sua vez, independentemente do gênero de seus autores, tornam-se rotineiras aliadas daqueles sentimentos que, na verdade, deveriam ser trabalhados no espaço terapêutico.

De modo frequente imaginam os pais serem compensados pela decisão judicial da guarda unilateral, para mostrar a sentença ao outro contendor e, com essa vitória processual de acirrado dissenso, acreditar que o julgador teria encontrado no vencedor da demanda pela guarda, os melhores atributos de

¹⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 166.

guardião, sendo o filho o troféu dessa tormentosa disputa sobre a “propriedade” deste¹⁸⁰.

Muitas vezes, a legislação, o Judiciário e os operadores jurídicos faziam, e fazem, eco aos aspectos de competição, atribuição de culpas e abuso de poder dos genitores, tornando-se “sócios ocultos” dos conflitos. Contudo, cada vez mais esses atores têm sido chamados a uma ampliação da consciência ética, sobretudo no tocante às questões que envolvem a guarda de filhos¹⁸¹.

As situações de litigiosidade deixam de ser fundamento para a supressão do compartilhamento da guarda, impedindo, pois, uma prática não pouco usual, na qual um dos litigantes insiste nos desentendimentos, para a obtenção da guarda unilateral, praticando, inclusive, atos de alienação parental que acabam sendo legitimados por decisões judiciais que mantêm o afastamento do filho de um de seus genitores, sob o pálido argumento de que, para evitar o conflito, melhor é manter a criança afastada de parte de seus familiares¹⁸².

Não há como esperar cooperação em uma ação de caráter litigioso. Se houvesse bom senso, por certo o Judiciário nem seria chamado. Condicionar a guarda compartilhada ao acordo é, no mínimo, um instrumento de estímulo ao conflito.

Em uma análise apurada da atual redação do artigo 1.584, § 2º, de nossa codificação civil expressa apenas duas situações em que a guarda dos filhos não será exercida de forma compartilhada, a saber¹⁸³: (1) quando um dos genitores não estiver apto a exercer o poder familiar; (2) quando um dos

¹⁸⁰ MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada. In: IBIAS, Delma Silveira. [coord.] *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: Letra&Vida, 2012, p. 130.

¹⁸¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171.

¹⁸² GIMENEZ, Angela. A guarda compartilha e a igualdade parental. *Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso*. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/Noticias/37024#.VJyZNI4Dpg>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

¹⁸³ Corroborando tal posicionamento destaca-se a Recomendação n. 25/2016 do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 1º. Recomendar aos Juizes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil. § 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

genitores declarar ao magistrado que não deseja o exercício da guarda dos filhos.

Segundo a Ministra Nancy Andrichi, a “nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - *jure tantum* - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes”, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do filho.¹⁸⁴

Imperioso também, por derradeiro, destacar a literalidade do artigo 1.588 de nossa codificação civil no sentido de que “o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”. Isso porque, na esteira do Enunciado 337 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, a exceção da retirada da companhia de um dos genitores somente ocorrerá “quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade” dos filhos. Assim, o novo enlace de qualquer dos progenitores não representa, por óbvio, em nenhum revés, salvo quando ausente o necessário atendimento do melhor interesse dos filhos.

A segunda e última situação prevista no Código Civil deveria ser nas hipóteses em que “um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho”. Desde a vigência da atual previsão, temos defendido doutrinariamente que, “mesmo existindo a manifestação de um dos pais da sua falta de interesse no exercício da guarda conjunta, promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar-se nesse sentido”.¹⁸⁵

Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a

¹⁸⁴ (REsp 1642311/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).

¹⁸⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Isso porque a escolha do genitor poderia estar maculada por um quadro reiterado de alienação parental onde, na verdade, o desinteresse no compartilhamento foi manifestado apenas para evitar desgaste. O exercício de coparentalidade é direito da criança e deve ser o norte daqueles que atuam nas Varas de Família.

Duas situações, também de caráter excepcional, autorizariam a aplicação da guarda unilateral, uma delas (que será aprofundada no próximo capítulo) o reconhecimento do quadro grave de alienação parental por parte de um dos genitores. A experiência tem mostrado que, nessas situações, a divisão de responsabilidades entre os genitores pode ser desastrosa. Um genitor que, por exemplo, realiza uma falsa denúncia de abuso sexual não pode ser premiado com o compartilhamento da guarda. Tal postura potencializaria um quadro de revitimização da criança frente a um genitor que já demonstrou estar disposto a tudo para atingir seu objetivo de vingança e que, certamente, seu quadro patológico não oferece condições de um agir colaborativo pensando no bem-estar da prole.

Outra situação que justificaria a aplicação da unilateralidade seria alguma situação excepcional alertada pela equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família responsável pelo processo, a ser verificada no caso concreto.

Destaca-se, por oportuno, que a existência de eventual medida protetiva em relação a um pai não importa na impossibilidade do exercício da guarda compartilhada. Em havendo o deferimento da medida que pode, inclusive, impedir o contato com a mulher ofendida, o Juízo pode restringi-lo às decisões da vida da prole ou solicitar que a comunicação seja realizada por intermédio de pessoa de confiança da mulher como, por exemplo, um ascendente, um irmão ou uma amiga.

Alerta-se essa possibilidade vez que um episódio de violência contra a mãe dos filhos não indica que esse agressor seja um péssimo pai. Embora a restrição ou suspensão de convivência também esteja prevista no art. 22, IV, da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), dentre as medidas protetivas que a mulher vítima de violência pode solicitar perante a autoridade policial, tal limitação somente poderá ser deferida após a manifestação da equipe de

atendimento multidisciplinar ou serviço similar que funcione perante o Juizado de Violência contra a Mulher.

A aplicabilidade dessa medida protetiva está condicionada à existência de efetivo risco para a prole, não podendo um potencial de “dano” ser confundido com a mera “insegurança” da mulher diante da ruptura do relacionamento ou de um episódio isolado de violência.

Os profissionais que atuam nesses juizados devem estar atentos a essa situação para evitar que a Lei Maria da Penha sirva como instrumento de retaliação por via dos filhos de algo relacionado à questão conjugal dos pais.

Nessa esteira, toda e qualquer restrição do direito à convivência familiar necessita de criteriosa avaliação. Caso contrário, o Poder Judiciário poderá se aliançar a um dos genitores em sua esperança de exercício egoístico da parentalidade.

Exemplos nesse sentido não faltam na rotina dos processos de família como, por exemplo, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de afastar a pretensão de uma genitora que desejava impedir a visitação paterna tão somente em razão da quantidade de multas de trânsito que o pai contava em sua habilitação¹⁸⁶.

Carlos Montaña alerta para a existência do mito de que a guarda compartilhada poderia ser um “esconderijo” de agressores ou uma demanda “machista”. Segundo o autor, o compartilhamento não se trata de um prêmio por bom comportamento, nem a guarda unilateral um castigo, e nem depende do sucesso ou insucesso da relação conjugal. Na trilha desse “mito” aparece uma falsa oposição entre interesses de homens e mulheres, como se a guarda compartilhada fosse uma reivindicação daqueles e, por outro lado, a unilateral uma demanda dessas (como se a primeira fosse parte da cultura machista e a unilateralidade se articulasse nas lutas femininas). O professor carioca é enfático: não se trata de uma luta de gênero, mas uma luta humanista conjunta

¹⁸⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PARCIAL DEFERIMENTO. Caso em que a quantidade de multas não pode ser a única razão para impedir a visitação paterna. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. EM MONOCRÁTICA (Agravado de Instrumento n. 70044770238, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 5-9-2011).

pela igualdade de gênero e contra a cultura machista que idealiza uma “divisão sexual” de tarefas.¹⁸⁷

As razões da permanência da atribuição do trabalho doméstico às mulheres, segundo Helena Hirata e Danièle Kergoat, mesmo no contexto da reconfiguração das relações sociais de sexo a que se assiste hoje, continua sendo um dos problemas mais importantes na análise das relações sociais de sexo/ gênero. E, segundo as autoras, o que é mais espantoso é a maneira como as mulheres, mesmo plenamente conscientes da opressão, da desigualdade da divisão do trabalho doméstico, continuam a se incumbir do essencial desse trabalho doméstico, inclusive entre as militantes feministas, sindicalistas, políticas, plenamente conscientes dessa desigualdade. Mesmo que exista delegação, um de seus limites está na própria estrutura do trabalho doméstico e familiar: a gestão do conjunto do trabalho delegado é sempre da competência daquelas que delegam. É preciso refletir não apenas sobre o porquê dessa permanência, mas, principalmente, sobre como mudar essa situação.¹⁸⁸ Em nosso sentir, conforme explanaremos na presente tese, o compartilhamento coativo da guarda em situações de litígio pode representar um passo considerável na transformação desse comportamento.

Nessa toada, é certo que, frente a um quadro de litígio entre os genitores, a atuação do Serviço Social e da Psicologia são determinantes nas questões atinentes à infância e, inclusive, o parágrafo 3º do artigo 1.584 do Código Civil, desde a alteração da Lei 11.698 em 2008, já destacava essa necessidade.

A atuação conjunta do Direito com o Serviço Social e a Psicologia, via perícia ou mediação de conflitos, faz com que ganhem todos os envolvidos e, principalmente, as crianças e adolescentes, uma vez que se reduzem, significativamente, as chances de esses filhos tornarem-se instrumentos de contenda em uma tentativa frustrada de compensar os traumas sentimentais

¹⁸⁷ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 187-188.

¹⁸⁸ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n. 132, set./dez. 2007, p. 608. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf>>. Acesso em 21 out. 2017.

com disputas judiciais.

Na realização do estudo social, o profissional do Serviço Social pauta-se pelo que é expresso verbalmente e pelo que não é falado, mas que se apresenta como conteúdo integrante do contexto em foco. Ele dialoga, observa, estuda, analisa, registra, estabelece pareceres, apresentando, muitas vezes, a reconstrução dos acontecimentos que levaram a uma determinada situação vivenciada pelo sujeito, tido juridicamente como “objeto” da ação judicial. Por meio de observações, entrevistas, pesquisas documentais e bibliográficas, ele constrói o estudo social, ou seja, constrói um saber a respeito da população usuária dos serviços judiciários. Um saber que pode se constituir numa verdade. As pessoas são examinadas, avaliadas, suas vidas e condutas interpretadas e registradas, construindo-se, assim, uma “verdade” a respeito delas¹⁸⁹.

Conforme o artigo 4º da Resolução n. 557/2009 do Conselho Federal de Serviço Social, ao atuar em equipes multiprofissionais, o assistente social deverá garantir a especificidade de sua área de atuação. Ainda, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, o “entendimento ou opinião técnica do assistente social sobre o objeto da intervenção conjunta com outra categoria profissional e/ou equipe multiprofissional, deve destacar a sua área de conhecimento separadamente, delimitar o âmbito de sua atuação, seu objeto, instrumentos utilizados, análise social e outros componentes que devem estar contemplados na opinião técnica”.

O assistente social deve trazer à tona os processos sociais relacionados ao convívio, à construção dos laços familiares e comunitários, à possibilidade de acesso dos indivíduos e famílias às políticas públicas e a história de vida dos envolvidos, a fim de que possibilitem uma percepção mais ampliada da questão pela autoridade judiciária para a tomada de decisão que melhor atenda aos interesses do envolvidos, sobretudo de crianças e adolescentes.¹⁹⁰

¹⁸⁹ FÁVERO, Eunice Teresinha. O estudo social – fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária. In: Conselho Federal de Serviço Social (org.) *O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: debates atuais no judiciário, no penitenciário e na previdência social*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 36).

¹⁹⁰ Segundo a assistente social Thais Tononi Batista “é indispensável à(ao) profissional retornar aos aspectos teórico-metodológicos, ético-políticos e técnico-operativos, a fim de (re)estabelecer a ligação com o conteúdo profissional que os orienta. Logo, se comungamos com o projeto

Nessa toada, o Serviço Social no Judiciário, por sua vez, vem-se constituindo por meio do comprometimento ético-político e teórico-metodológico de permear a prática profissional com o reconhecimento da questão social, uma vez que na elaboração de laudos e pareceres, há a superação do aspecto meramente pericial, com a compreensão da indivisibilidade do direito, em respeito à condição humana.¹⁹¹

Igualmente, poderão ser determinadas pelos juízes e sugeridas pelos promotores, a realização de visitas domiciliares que servirão como instrumento para a leitura da realidade social dos indivíduos atendidos. Em sua execução, outros instrumentos geralmente são utilizados, como a observação, e em muitas situações ocorre também a intervenção na dinâmica familiar¹⁹².

Em havendo perícia psicológica, o acesso aos aspectos relacionais dá-se por meio de técnicas sistêmicas de avaliação dos grupos familiares, como entrevistas relacionais realizadas entre pais e filhos, irmãos, pais, família materna, família paterna ou quaisquer outras combinações que o perito considere necessárias à avaliação. Pode ser feito, também, por meio de instrumentos específicos, como o desenho conjunto da família, que permite avaliar a relação dos sujeitos submetidos ao teste.¹⁹³

Em relação às questões processuais, de acordo com a nova redação do art. 1.585 de nossa codificação civil¹⁹⁴, após a Lei 13.058, seja em sede de

profissional crítico, que almeja uma nova ordem societária, não podemos desvincular a leitura sobre esse tema de elementos de análise, tais como o Estado (alargamento do Estado penal em detrimento do Estado social e a repercussão na vida dos indivíduos), o direito (em uma perspectiva radical que considere seus limites estruturais no contexto da sociedade capitalista, logo dos limites das normas que visam enquadrar os comportamentos dos indivíduos numa lógica binária e de soluções simplistas) e toda a avalanche de transformações sociais que perpassou e vem perpassando a família e que compõem o pano de fundo das relações familiares que, uma vez não resolvidas ou equacionadas no âmbito da própria família, são judicializadas na expectativa de soluções milagrosas. (BATISTA, Thais Tononi. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 129, p. 341, maio/ago. 2017).

¹⁹¹ BOCCA, Andrea Maurien. Questão social, políticas públicas e Serviço Social judiciário: a judicialização do Direito. In: PIZZOL, Alcebir Dal (org.) *O Serviço Social no Poder Judiciário de Santa Catarina*: caderno II. Florianópolis: TJSC, 2012, p.60.

¹⁹² FÁVERO, Eunice Terezinha; MELÃO, Magda Jorge Ribeiro; JORGE, Maria Rachel Tolosa. *O serviço social e a psicologia no Judiciário*: construindo saberes, conquistando direitos. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 146-147.

¹⁹³ FERREIRA-CEZAR, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016, p.133.

¹⁹⁴ Art. 1.585 do CC: "Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre a guarda de

medida cautelar de separação de corpos, cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre a guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida “preferencialmente após a oitiva de ambas as partes pelo juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva deles”.

Em determinadas situações, o processo litigioso é considerado um mal necessário, na medida em que alguns sujeitos necessitam das brigas e discórdias para dar novos rumos às suas vidas. Nessa perspectiva, o processo judicial associado ao tratamento analítico pode servir para barrar o “gozo mortífero” entre os ex-cônjuges, para que os sujeitos dissolvam o vínculo amoroso destrutivo e consigam elaborar a separação. Observa-se que toda separação revela o real do desamparo, que, trazido para a experiência analítica, pode em parte ser elaborada por intermédio das palavras, do simbólico¹⁹⁵.

Um aspecto a ser aferido é no tocante à oitiva dos filhos para a atribuição da guarda. A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, em seu art. 12, ressalta o direito das crianças e adolescentes de expressarem sua opinião e de serem ouvidos nos temas de seu próprio interesse. Essa tendência já encontra respaldo na prática de alguns juízes de direito de família. Porém, é importante rebater: ouvir, sim; mas exigir que os filhos escolham, nunca¹⁹⁶.

Tendo em vista que a nova redação do § 3º do artigo 1.584 do Código Civil, acima comentado¹⁹⁷, valoriza ainda mais o trabalho interdisciplinar nas disputas de guarda, por certo, é nesse espaço que a vontade dos filhos deverá ser colhida, e jamais em uma sala de audiências. Por maior que seja a experiência dos advogados, juízes e promotores envolvidos, nenhum desses

filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes pelo juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva deles, aplicando-se-lhes as disposições do art. 1.584”.

¹⁹⁵ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 242.

¹⁹⁶ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 54.

¹⁹⁷ Art. 1.584, § 3º, do Código Civil: “Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, sempre visando à divisão equilibrada de responsabilidades entre a mãe e o pai e do tempo de convivência destes com o filho”.

profissionais possui aptidão técnica para a escuta qualificada da prole. O espaço do Judiciário não é, e nunca será, o mais adequado para uma criança ou um adolescente frequentar.

O trabalho do serviço social e da psicologia, por meio dos peritos e assistentes técnicos, é servir como a razão, os olhos e o tato que as carreiras jurídicas, em sua objetividade e pensamento binário – ou isto ou aquilo –, não possuem. Assim é que conseguiremos efetivar o sentido da Lei n. 13.058/2014, evitando, em consequência, decisões salomônicas, que devem ser resguardadas à devida época: o passado.

O estabelecimento da guarda, por sentença ou acordo, embora tenha como consequência a autoridade da coisa julgada, não autoriza a imutabilidade da sentença, visando à garantia da integridade dos destinatários de proteção em nosso ordenamento jurídico.

Uma vez tendo conseguido se adaptar a uma nova situação familiar, na qual recebe satisfatoriamente o necessário para seu desenvolvimento, a alteração da guarda e de seu ambiente cotidiano poderá implicar uma perda desnecessária de referencial, desatendendo seu interesse muitas vezes em benefício do interesse do genitor¹⁹⁸. Assim, tal qual o cuidado que, de forma sábia, a natureza se encarrega de despertar entre os animais e suas crias, a modificação de guarda deve ser analisada com cautela, sob pena de desfazimento do “ninho” dos filhos, com consequências de potencialidade desastrosa.

Segundo leciona Rolf Madaleno¹⁹⁹, só guardará essa condição de imutabilidade enquanto subsistam os pressupostos fáticos que condicionaram a sua outorga para o guardião, mas qualquer decisão acerca da custódia da prole pode ser modificada se ocorrerem transformações nos fatos em que se fundou o pronunciamento judicial, ou no acordo dos pais, e se essas mutações afetarem os interesses da prole, de sorte que, ainda que se qualifique a guarda como definitiva, ela jamais terá esse caráter jurídico.

¹⁹⁸ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 132.

¹⁹⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 423.

Destarte, quando patente que os interesses da criança ou do adolescente não estejam sendo atendidos a contento, seja por negligência, omissão ou, até mesmo, por capricho, por mágoa em relação ao ex-cônjuge, dificultando a convivência e o contato do filho com o outro genitor, mostra-se imperiosa a alteração da guarda.

Ademais, esse último comportamento enquadra-se como prática de alienação parental (instituto a ser estudado no próximo capítulo) e, na esteira da previsão do art. 3º da Lei n. 12.318/2010, essa atitude “fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”. Afinal, é dever de todos, sobretudo dos integrantes do Poder Judiciário, prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 18 do ECA). Trata-se de uma responsabilidade inafastável e necessária para a formação plena do adulto.

Como vimos, com a guarda conjunta, propicia-se à criança ou adolescente o exercício do poder familiar com a maior amplitude possível e também a participação direta dos pais, em igualdade de condições na criação e educação dos filhos. Seu sentido ultrapassa a distribuição de tarefas, garantindo o duplo e efetivo exercício do vínculo paterno-filial²⁰⁰.

Com o presente tópico, verificamos que, ao fim e ao cabo, o compartilhamento passou a ser regra geral e tornou-se o novo paradigma nas dissoluções afetivas com filhos. Entre tantos fatores identificados na presente pesquisa, tem-se que poderemos superar a lógica do “Eu ganhei a guarda”, muito verbalizada na vigência da supremacia da unilateralidade por parte daquele que a detinha. A partir da lógica de que o filho não é um troféu de um dos genitores, mas sim, um desafio conjunto, visualizaremos um quadro futuro onde a prole é que será a verdadeira vencedora.

²⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 688.

Ao finalizarmos o presente capítulo, pudemos investigar a implementação da guarda compartilhada que, apesar das dificuldades de sua compreensão pela sociedade, as alterações legislativas podem contribuir para afastar a necessidade a expressão “não é bem isso” toda vez que o instituto do compartilhamento é mencionado. O esclarecimento social e, também, dos profissionais que laboram em processos familistas é a melhor saída para a efetivação de uma lei vigente há mais de nove anos e que busca efetivar os direitos das crianças e dos adolescentes, a quem a Constituição Federal destina especial proteção.

3. “Mas isso é difícil na prática”: a guarda compartilhada como possibilidade de cogestão parental

A partir das alterações legislativas a respeito do instituto da guarda, principalmente após 2014, houve o conhecimento social a respeito das mudanças em seu exercício e do novo paradigma existente nas rupturas conjugais ou convivenciais. Mesmo assim, seja por parte dos profissionais do Direito, Serviço Social e Psicologia que atuam nos processos familistas, seja pela população em geral, é costumeiro o descrédito de que, na prática, o compartilhamento poderá ser efetivo.

Dessa forma, no presente capítulo, analisaremos a presença frequente de alienação parental nos processos de família e o papel da guarda compartilhada nesse quadro. Em seguida, investigaremos o papel da intervenção do Poder Judiciário na órbita privada. Por fim, consideraremos a imposição da guarda compartilhada à luz do princípio da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e, também, realizaremos proposições de ferramentas para a manutenção de um ambiente igualitário na gestão parental.

3.1 “Quem não aprende no amor, aprende na dor”: a alienação parental como realidade presente nas dissoluções conjugais

A idealização da família embala, desde há muito, os sonhos da sociedade contemporânea. Desde as primeiras brincadeiras, estar vinculado a alguém parece ser uma necessidade acima de todos os anseios de que aquela criança pudesse ter ao longo da vida.

Na idade adulta, quando o brincar de “casinha” passa a ter caráter de seriedade e consequências jurídicas, seja no casamento ou em uma união estável, sempre o início é repleto de promessas de felicidade infinita e companheirismo para além da existência humana.

Todavia, quando algo sai do percurso inicialmente projetado, o final de um relacionamento, de modo constante, pode atíçar em um ou em ambos os

cônjuges ou companheiros o desejo inconsciente de, a qualquer preço, vingar-se pelo fato de que o anel anteriormente dado “era vidro e se quebrou”.

Nesse momento, visualiza-se a antítese de tudo que era outrora havia sido experienciado. Eles até então perdulários em elogios, transformam-se em mesquinhos em sua essência. Tudo que lhes era positivo se torna – na mesma intensidade do início –, invariavelmente, negativo. No ápice das emoções, até porque existe uma linha muito tênue entre amor e ódio, qualquer forma de retaliação será muito bem arquitetada.

Nesse ambiente insalubre é que surge a alienação parental e a sua, no mínimo, tortuosa e artilosa prática de diuturna desqualificação do outro progenitor com um claro objetivo: o de criar um filho órfão de um pai e mãe vivos.

Sem medir consequências, o outro genitor passa a ser uma espécie de “vodu” de bruxaria e as agulhas que o perpassam são os filhos. Custe o que custar, buscar a infelicidade do outro passa a ser o principal objetivo de vida mesmo que, para isso, custe a vida da própria prole.

Dessa forma, entendemos a alienação parental como uma espécie de patologização do amor. Destaca-se que, em nosso juízo, o desamor não necessariamente precisa ser transformado em doença, mas sim, a sua má gestão tem um grande potencial para sua disseminação.

A temática da alienação parental tem previsão legislativa desde 2010 por meio da Lei 12.318. Segundo aceção da normativa em comento, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A legislação, no parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010, apresenta ainda as formas exemplificativas de alienação parental, “além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros”, entre elas, a realização de uma campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade

ou maternidade e o obstáculo ao exercício do direito regulamentado de convivência familiar.

Ainda, no artigo 3º, a normativa assevera que a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, “prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”.

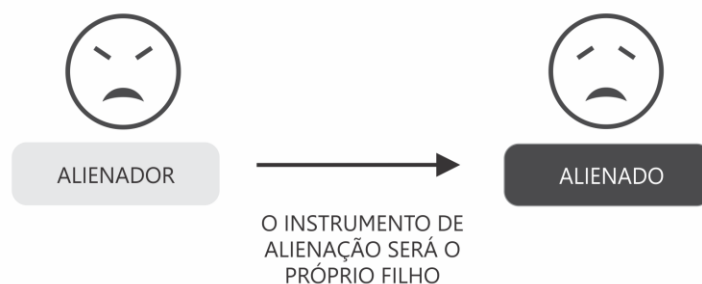
Carlos Montaña provoca o pensamento de imaginarmos que uma pessoa estar sendo assaltada e não perceber que foi vítima. Assim como um indivíduo ser alvo de discriminação homofóbica ou racial e não ter consciência desse ato. Ainda, o mesmo autor, nos incita a pensarmos na situação de uma mulher ser objeto de assédio ou discriminação sexual e não notar o fato. Para ele, “é impossível conceber como poderia o ofendido / discriminado / agredido não ter alguma percepção de ter sido alvo desses atos. Há, no entanto, um caso em que o ofendido e agredido, a quem lhe é furtada parte essencial da sua vida, não tem como perceber-se objeto dessa violação: as crianças e adolescentes vítimas de alienação parental”.²⁰¹

Em geral, a prática da alienação parental será realizada por algum familiar, denominado como agente alienador (que pode ser qualquer dos pais, mas também outros parentes) em relação a um dos genitores, que é o sujeito alienado, conforme pode ser visualizado no desenho a seguir²⁰²:

Gravura n. 4: conceito da prática de alienação parental praticada por um dos genitores ou parentes

²⁰¹ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 5.

²⁰² Fonte: ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 512 p.



Alertando, igualmente quanto aos agentes alienadores, Cristiana Sanchez Gomes Ferreira, assevera que pode ser todo e qualquer indivíduo responsável pela prole em dado e pontual momento, tal como uma babá ou qualquer parente, bastando estabelecer-se uma verdadeira campanha com o intuito de usurpação da inocente vontade da criança, dificultando o contato e/ou exercício da autoridade parental do genitor alienado, independentemente de estarem alienante e alienado sob o mesmo teto ou não.²⁰³

Em alguns casos, embora a Lei da Alienação Parental não trate dessa possibilidade, pode existir um quadro ainda mais complexo de alienação parental bilateral, ou seja, ambos os genitores são agentes alienadores e alienados, assim como seus familiares. Também para facilitar a compreensão, o quadro abaixo demonstra sua aplicação, onde também a criança ou adolescente servirá como o instrumento de ataque em relação ao outro núcleo familiar²⁰⁴:

²⁰³ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A síndrome da alienação parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores. *In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM, 2014, p. 70.

²⁰⁴ Fonte: ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 512 p.

Gravura n. 5: conceito da alienação parental quando ela é praticada por ambos os núcleos familiares



Na verdade, o que se vê, costumeiramente, nos processos em que se estabelece a prática da alienação parental é de que “os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer entre si, pós-ruptura”.²⁰⁵

Segundo a moderna doutrina familista de Dimas Messias de Carvalho²⁰⁶, a implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do outro genitor e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos.

A síndrome de alienação parental deve ser compreendida como uma patologia jurídica caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda, vitimando especialmente o filho, que vive uma contradição de sentimentos até chegar ao rompimento do vínculo de afeto com o genitor não guardião. O guardião passa a manipular o filho com o uso de táticas verbais e não verbais, distorcendo a realidade para que passe a acreditar que foi abandonado pelo

²⁰⁵ SOUZA, Rachel Pacheco Ribeiro de; Terezinha Feres; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008, p. 7

²⁰⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 66.

outro genitor, acabando por perceber um dos pais totalmente bom e perfeito (o alienador) e o outro totalmente mau.

É frequente ainda o genitor alienador colocar-se em posição de vítima, perpetrando chantagem emocional para sensibilizar a criança e tê-la só para si. A criança é induzida a acreditar que, ao se encontrar com o genitor vitimado, estará traíndo quem realmente dela se ocupa. Trata-se de mais uma manobra artilosa para excluir o genitor vitimado. O alienante não imagina o sofrimento a que a criança é submetida ao ter que escolher entre as duas pessoas que mais ama na vida, ou se disso tem ideia, a crueldade da atitude revê-las ainda maior.²⁰⁷

A Lei 12.318/2010, em seu artigo 2º parágrafo único, apresenta formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros.

Quadro n. 10: apresenta de forma sistemática os comportamentos indicados como indícios de práticas alienadoras pela Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010).

Atitude	Inciso do art. 2º § único da Lei 12.318	Explicação e exemplos
Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade	I	O alienador não necessariamente inicia a sua verdadeira “cruzada” em face do genitor alienado após o final do relacionamento afetivo. É muito comum, ainda durante a convivência sob o mesmo teto, que a postura abusiva do alienante tenha seu começo por meio de uma campanha de desqualificação do outro progenitor. Esse comportamento pode ocorrer de maneira sutil, por exemplo, referindo-se ao núcleo do pai ou mãe alienado com piadas pejorativas e desqualificadoras. É frequente, nessa mesma toada, que os defeitos e/ou dificuldades que a prole enfrenta – até mesmo de cunho acadêmico – sejam atribuídos à ancestralidade do genitor alienado.

²⁰⁷ WANDALSEN, Kristina Yassuko Iha Kian. Direito e psicologia: um diálogo necessário em direção à justiça nos conflitos familiares. Dissertação de mestrado apresentada na PUCSP. São Paulo, 2009. p. 82.

Dificultar o exercício da autoridade parental	II	<p>Autoridade parental é o termo que a doutrina contemporânea vem utilizando como sinônimo do poder familiar. Dessa forma, o obstáculo ao exercício desse múnus é, também, indicativo de práticas alienadoras.</p> <p>Tendo como norte que a gestão do poder familiar importa na participação ativa de ambos os pais na vida dos filhos, qualquer óbice imposto indicará indícios de alienação. Um exemplo recorrente é deixar de consultar um dos genitores para questões acadêmicas ou escolha de profissional de saúde para o filho.</p>
Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor	III	<p>O embaraço do contato com o filho pode ser materializado pela atitude do alienador em não atender as ligações do genitor alienado, mas também, em mudar o número de telefone, não carregar a bateria do celular ou deixar o fixo desligado (antigamente isso aconteceria deixando fora do gancho).</p> <p>A criatividade do progenitor em sua campanha de afastamento é tamanha que, muitas vezes, é arquitetada com o bloqueio do genitor alienado nas redes sociais do filho e, até mesmo, estragando o celular ou escondendo o carregador para que obstaculize o contato com a prole.</p>
Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar	IV	<p>Considerando que o alienador pretende afastar o vínculo da prole, a qualquer custo, o obstáculo à convivência estabelecida com o alienado possibilita um importante capítulo do caminho que ele pretende percorrer. É frequente a desculpa de viagens previamente agendadas, aniversários de amigos e, até mesmo, de doenças inventadas para dificultar a convivência estabelecida em favor do núcleo familiar alienado.</p> <p>Outra prática comum é o agendamento de consultas de tratamentos contínuos justamente no dia de convivência do outro genitor. Afinal, como, normalmente, aquele que possui a base de residência fica mais tempo com o filho, a supressão de duas horas na convivência já apresenta obstáculo ao estreitamento de vínculos com o outro progenitor.</p>
Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço	V	<p>A alteração de endereço é uma das práticas escolhidas para criar o afastamento do filho com o genitor alienado. Assim, no mesmo sentido, a omissão desse fato e de outras questões importantes para a prole tem o escopo de transformar um dos pais como um sujeito acessório.</p> <p>Normalmente, a omissão sobre questões pessoais relevantes sobre a vida da prole é justificada pelo alienador como “esquecer de avisar”. Na verdade, ao fim e ao cabo, trata-se de</p>

		opção consciente e ardilosa a qual o Juízo precisa repelir de imediato. A inserção do parágrafo 6º no artigo 1.584 de nossa codificação civil, por meio da Lei 13.058/2014 ²⁰⁸ , tem como objetivo minimizar esse quadro de omissões irresponsáveis que tem finalidade alienadora.
Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente	VI	O pedido de uma medida protetiva de urgência (artigo 22 da Lei Maria da Penha - 11.340/2006), baseado em fatos que jamais aconteceram, tem se apresentado como meio reiterado de buscar afastar o genitor do filho. Na mesma linha, um fenômeno presente na alienação parental é a existência de cenas, paisagens, conversas e termos que o filho adota como próprios ou vividos na primeira pessoa, mesmo que nunca tenha estado presente quando ocorrerem ou sejam incoerentes com a sua idade. ²⁰⁹ No mesmo sentido, a definição de Jorge Trindade ²¹⁰ que a Síndrome das Falsas Memórias traz em si a conotação das memórias fabricadas ou forjadas, no todo ou em parte, na qual ocorrem relatos de fatos inverídicos ²¹¹ . Em seu fluxo de alienação, de forma inconsequente e altamente danosa, o alienador busca de qualquer forma atingir seu objetivo de afastamento do outro progenitor. Nesse momento a produção das falsas memórias ²¹² surge como seu principal aliado por meio de uma falsa denúncia de abuso sexual. A partir desse momento o alienador procura suspender a convivência com o filho e inicia uma verdadeira

²⁰⁸ Artigo 1.584 § 6º CC: “Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”.

²⁰⁹ CUENCA, José Manuel Aguilar. *Síndrome de alienação parental: filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*. Coimbra: Caleidoscópio, 2008, p. 45.

²¹⁰ TRINDADE, Jorge Trindade. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 221.

²¹¹ O mesmo autor, que é Procurador de Justiça aposentado e Psicólogo, em conjunto com Elise Trindade (Psicóloga) e Fernanda Molinari (Advogada, mediadora de conflitos e Doutora em Psicologia) desenvolveram a Escala de Indicadores Legais de Alienação Parental. A ferramenta é composta por um questionário digital de auto-resposta, que visa mensurar a presença de fatores de alienação parental, para fins de conhecimento pessoal e científico. Trata-se de um material riquíssimo e inédito no mundo e está disponível no site www.escaladealienacaoparental.com

²¹² As falsas memórias definem-se por lembranças de situações que não ocorreram como se de fato tivessem ocorrido. A mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que, é a partir dela que nos constituímos como indivíduos; sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e ate mesmo ter implicações sobre a vida de outras pessoas. (STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* *Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed. 2010, p. 22).

		<i>via crucis</i> onde, mesmo expondo o filho a exames constrangedores e traumáticos, o alienante continua sua peregrinação de ódio e vingança. Não bastasse a produção de falsas memórias e todas as consequências desse grave ato, infelizmente, não são poucas as situações em que o próprio alienador se transforma em abusador do próprio filho para tentar imputar ao outro genitor, a violência realizada.
Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós	VII	A mudança de domicílio para cidade distante é uma das formas de obstaculizar o regime de convivência já regulamentado pelo Juízo ou qualquer pretensão nesse sentido. Com a transferência, o alienador busca impedir o pernoite semanal e, também, criar empecilhos de ordem financeira e temporal para que a convivência dos finais de semana não seja efetivada.

Além dos atos relatados no quadro acima, os estudos realizados em âmbito mundial a respeito da alienação parental detectaram que, dentro de sua campanha de desqualificação do genitor, o alienador passa a destruir qualquer objeto que tenha ligação com o genitor alienado. Com a chamada “contaminação dos objetos” provenientes deste, a animosidade estende-se a tudo o que, de um modo ou outro, possa ter relação com o progenitor odiado. Nessas práticas, é comum o alienador esconder brinquedos que a criança recebeu no lar alienado ou desqualificar roupas que ganhou do outro progenitor.

Considerando que as hipóteses descritas no artigo 2º da Lei 12.318/2010 não são taxativas, no caso concreto, independente de perícia e até mesmo de ofício, o juízo de família poderá detectar outras atitudes como práticas alienadoras.

Destaca-se que a Lei 13.058/2014, embora tenha sido reconhecida socialmente apenas por estabelecer o compartilhamento da guarda enquanto via preferencial, trouxe alterações significativas nos dispositivos do Código Civil que tratam do poder familiar com o sentido de obstaculizar a campanha de alienação

parental. Para destacar essas mudanças, mais uma vez, utilizaremos a análise de conteúdo como forma de análise dessas transformações legislativas:

Quadro n. 11: comparativo entre a redação originária do artigo 1.634 do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) em relação as alterações implementadas pela Lei 13.058/2014.

Código Civil 2002 (redação originária)	Código Civil 2002 (após 13.058/2014)
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:	Art. 1.634. Compete a ambos os pais, <u>qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar,</u> que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e educação;	Sem alteração
II - tê-los em sua companhia e guarda;	II - exercer a guarda <u>unilateral ou compartilhada</u> nos termos do art. 1.584;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;	Sem alteração
	IV - conceder-lhes ou negar-lhes <u>consentimento para viajarem ao exterior;</u>
	V - conceder-lhes ou negar-lhes <u>consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;</u>
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;	Sem alteração

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;	VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;	Sem alteração
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.	Sem alteração

No quadro acima, fundado na análise do avanço legislativo, denotam-se três alterações significativas: a uma, o *caput* do artigo 1.634 de nossa codificação civil, reforçando o disposto no artigo 1.632²¹³, passa a estabelecer que as prerrogativas inerentes ao poder familiar competem a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal.

Dessa forma, a repetição existe justamente como forma de não podermos cogitar qualquer diferenciação no exercício do poder familiar, mesmo após o final do casamento ou união estável do genitores.

A duas, foi inserido um novo inciso, exigindo a dupla autorização para o consentimento para viagem ao exterior (artigo 1.634, IV do Código Civil). Até sua inserção no Código a matéria era tratada exclusivamente no Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com o artigo 84 do microssistema, a criança ou adolescente pode viajar ao exterior, sem nenhuma restrição, se estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável. Todavia, para viajar na companhia de apenas um dos pais, é imperiosa a autorização expressa pelo outro através de documento com firma reconhecida (artigo 84, II ECA). Tal medida tem o escopo de evitar o rapto internacional da criança ou do

²¹³ Art. 1.632 do Código Civil: A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

adolescente, medida que, flagrantemente, induz a caracterização de alienação parental.

Sobre a temática importante consignar que, desde o Decreto nº 8.374, de 11 de dezembro de 2014, a autorização de viagem ao exterior em companhia de apenas um dos genitores já pode constar no próprio passaporte da criança e do adolescente, dispensando nova expedição de documento de autorização a cada saída do país.

A três, no inciso V do artigo 1.634 de nossa codificação civil, foi inserida a necessidade de autorização conjunta para mudança de residência permanente para outro Município. Independentemente da modalidade de guarda, seja unitária ou conjunta, a inserção dessa previsão serve como empecilho da mudança abusiva de endereço que é, infelizmente, conduta reiterada daqueles que buscam afastar a prole do outro progenitor.

Outros dois parágrafos inseridos ao Código Civil em 2014, por meio da Lei 13.058, também tem o sentido profilático de práticas alienadoras, quais sejam, o novo parágrafo 5º do artigo 1.583 e, também, o parágrafo 6º do artigo 1.584 de nossa codificação civil.

O genitor não guardião deve supervisionar os interesses dos filhos, “sendo parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos” .

Da leitura do artigo, constata-se que, ainda que a guarda seja unilateral, do outro genitor não foi excluído o exercício do poder familiar, restando configurado o interesse em verificar e fiscalizar a administração dos gastos realizados para a manutenção da prole comum. A partir da publicação da referida lei, legítima é a ação de prestação de contas para buscar salvaguardar o interesse da criança e adolescente à luz da doutrina da proteção integral²¹⁴.

Considerando que a omissão das informações a respeito da vida dos filhos é um dos instrumentos utilizados pelo genitor alienador, a alteração

²¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 790.

legislativa ao reforçar o papel do outro progenitor de fiscalizar as questões atinentes à saúde física e psicológica da prole apresenta, de uma vez por todas, o exercício da coparentalidade.

Na mesma esteira, em 2014, a alteração promovida pela Lei 13.058, ao inserir um novo § 6º ao artigo 1.584 do Código Civil, para obrigar qualquer estabelecimento público ou privado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

O artigo 1.634 do Código Civil, entre outros fatores, preceitua no inciso I que é dever dos pais dirigir a criação e a educação dos filhos, em consonância com o artigo 229 da Constituição, bem como com o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa nova previsão, que se aplica não apenas a estabelecimentos educacionais, mas sim, todo e qualquer lugar que os filhos possam frequentar (escoteiro, ballet, por exemplo), consolida esse dever de criação e educação e, ao fim e ao cabo, possibilita a fiscalização e participação conjunta de ambos os genitores na vida da prole.

A prática da alienação parental, nos termos do artigo 3º da Lei 12.318/2010, constitui um abuso moral realizado de forma inconsequente pelo alienador. Ainda, o mesmo artigo prevê que o causador está descumprindo seus deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda, se for o caso.

A Lei da alienação parental, em seu artigo 4º, tem questões processuais muito interessantes:

- a) A alienação parental poderá ser declarada de ofício pelo magistrado, independentemente de provocação das partes, aplicando-se de pronto as medidas previstas no artigo 6º da Lei 12.318/2010. O mundo ideal seria que, em havendo primeiras manifestações de práticas alienadoras, o Juízo pudesse advertir a ocorrência e, também, que outras medidas poderão ser aplicadas.

- b) A declaração poderá ser realizada em qualquer momento processual, ou seja, o processo pode estar em grau de recurso e ser suscitada a ocorrência de alienação
- c) O pedido pode ser feito em ação autônoma ou incidentalmente, a depender do caso concreto. Exemplo: existindo em tramitação apenas uma execução de alimentos, tendo em vista sua cognição restrita, o interessante seria o ajuizamento de ação autônoma denominada como “ação declaratória de alienação parental” que poderá ser cumulada com alteração de guarda e/ou regulamentação de convivência familiar. Todavia, se já estiver em curso uma ação cujo objeto seja um destes temas, nesse caso, o pedido pode ser de caráter incidental.
- d) Deve ser determinada a tramitação prioritária do feito. Considerando que, nas Varas de Família, a grande maioria dos processos envolve urgências, em se tratando de campanha de alienação, esses autos deverão ter preferência de tramitação. Qualquer pensamento em sentido contrário poder-se-ia representar a morosidade processual como aliada do genitor alienador.
- e) O juiz determinará, em caráter de urgência após intervenção do Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Mesmo existindo denúncia de abuso sexual, conforme o artigo 4º § único da Lei 12.318/2010, assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida. Dessa forma, ainda que a notícia de abuso deva ser analisada com atenção pelo juízo, haja vista a gravidade das consequências para a vítima, o magistrado deverá, por outro lado, determinar que a convivência seja mantida, pelo menos, de forma assistida por profissional do Serviço Social ou Psicologia. Essa cautela, de caráter temporário, mostra-se necessária

para que a demora processual não sirva como uma aliada para o genitor alienador.²¹⁵

Alerta a psicóloga Andreia Calçada que, estimativas informais de psicólogos ligados a varas de família, apontam para um alto índice de acusações falsas feitas durante divórcios litigiosos: a cada dez, oito são falsas.²¹⁶ Nessa esteira, a convivência assistida durante a produção da prova pericial que será determinante para a resposta a respeito da ocorrência de abuso, serve como instrumento de proteção da prole.²¹⁷

Desde o início do processo, em caráter de urgência, o magistrado deverá determinar a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial. O laudo pericial terá base em ampla avaliação, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (artigo 5º, § 1º da Lei 12.318/2010).

O perito ou equipe multidisciplinar designados para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de noventa dias para apresentação

²¹⁵ O objetivo da alienação parental é eliminar os vínculos afetivos entre o progenitor e seu filho. Os progenitores alienadores precisam de tempo para completar a sua manipulação mental dos seus filhos. Por conseguinte, obter o maior tempo possível a sós com os filhos será inicialmente uma necessidade, para passar depois a ser uma arma. A usurpação do tempo do outro progenitor permite a sua campanha de difamação, tal como impedir o contato com o progenitor alienado, de modo a impossibilitar o contraste das expressões difamatórias depositadas ao filho, ao mesmo tempo que se debilita a criação de vínculos afetivos saudáveis. É então que o tempo se transforma numa arma nas mãos do alienador, ao permitir que o filho se converta num membro ativo da campanha de difamação. (CUENCA, José Manuel Aguilar. *Síndrome de alienação parental: filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*. Coimbra: Caleidoscópio, 2008, p. 53).

²¹⁶ CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. Rio de Janeiro: Publit, 2014, p. 23.

²¹⁷ “É importante assinalar, que a noção de tempo é diferente do adulto para a criança, uma vez que dentro da perspectiva da criança, quinze dias de afastamento podem lhe trazer a experiência de abandono, o sentimento de não ocupar um lugar no desejo do outro genitor a quem ela dirigia seu amor e com quem se sentia protegida”. (DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 270).

do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (artigo 5º, § 3º da Lei 12.318/2010).

A partir da nomeação do perito, dentro de quinze dias, incumbe às partes, arguir seu impedimento ou a suspeição, se for o caso (artigo 465 § 1º, inciso I CPC). Mais do que isso, poderá ser requerida a substituição do *expert* por não ter a qualificação necessária para a complexa análise da alienação parental. É de suma importância atentarmos para a expressa previsão do § 2º do artigo 5º da Lei 12.318/2010: a perícia deve ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

No mesmo prazo de quinze dias, a contar da intimação do despacho de nomeação do perito, poderão as partes indicar assistente técnico e apresentar quesitos (artigo 465 § 1º, incisos II e III CPC). Trata-se de momento crucial do processo onde é imprescindível que os advogados contem com bons profissionais da área do serviço social e da psicologia que auxiliarão na condução da perícia.

Os assistentes técnicos não apenas irão elaborar os quesitos, mas também, participarão ativamente da perícia. Nos termos do artigo 474 do Código de Processo Civil, é assegurado às partes a “ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova”. Segundo a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves, tal artigo assegura o princípio do contraditório haja vista que “somente impugnar o laudo pericial não é o suficiente para atender ao princípio do contraditório, devendo-se facultar às partes uma ampla participação, inclusive com objetivos fiscalizadores, durante toda a fase de produção da prova pericial”.²¹⁸

A participação dos assistentes técnicos no decorrer dos agendamentos das entrevistas periciais é, por certo, etapa decisiva na produção de prova, pois, caso contrário, a análise do laudo, por si só, obstaculiza o fiel cumprimento das metodologias e procedimentos adotados pelos peritos. Nessa

²¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 475.

esteira, fundamentado no artigo 466, § 2º, do CPC, o perito deve “assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias”.

O laudo pericial deverá conter (artigo 473 do CPC): (I) a exposição do objeto da perícia; (II) a análise técnica ou científica realizada pelo perito; (III) a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; (IV) resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia (artigo 473 § 3º do CPC). Tal possibilidade enriquece o resultado do estudo haja vista que as gravuras realizadas pela criança poderão ser significativas para o diagnóstico da prática alienadora.

O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. Posteriormente, as partes serão intimadas para manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de quinze dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer (artigo 477 § 1º do CPC).

Em seguida, nos termos do artigo 477 § 2º do CPC, o perito do juízo tem o dever de, no prazo de quinze dias, esclarecer ponto: (I) sobre o qual exista divergência ou dúvida de qualquer das partes, do juiz ou do órgão do Ministério Público; (II) divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.

Uma boa medida nesses processos é o requerimento de intimação do perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento (artigo 477 § 1º do CPC). Essa medida é bastante esclarecedora e decisiva nos casos previstos pela Lei 12.318/2010.

Nesse caso, merece destaque o artigo 1º da Resolução n. 559/2009 do Conselho Federal de Serviço Social no sentido de que o Assistente Social, na qualidade de perito judicial ou assistente técnico, sempre que for convocado a comparecer à audiência, por determinação ou solicitação do Juiz, Curador, Promotor de Justiça ou das partes se restringirá a prestar esclarecimentos, formular sua avaliação, emitir suas conclusões sempre de natureza técnica, sendo vedado, nestas circunstâncias, prestar informações sobre fatos, principalmente em relação aqueles presenciados ou que tomou conhecimento em decorrência de seu exercício profissional.

Em nossa vivência prática processual constatamos que não há mentira que resista a uma boa perícia. Mesmo assim, o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida, nos termos do artigo 480 do Código de Processo Civil. A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

Embora a perícia psicológica seja, em princípio, um elemento de ajuda à formação de convicção no julgador, ela pode ser considerada como instrumento de auxílio à família.²¹⁹ As entrevistas e a aplicação de testes nos envolvidos podem ser reveladores de situações a serem trabalhadas em atendimento terapêutico a longo prazo sendo, por certo, o ambiente correto para a administração das emoções.

Por fim, embora não seja recomendável a oitiva da prole em audiência, se for o caso, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista, novidade apresentada no artigo 699 do CPC²²⁰.

Após a perícia – e dependendo da gravidade do caso, até mesmo, antes de sua conclusão – o juízo poderá, convencido da prática de atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança

²¹⁹ FERREIRA-CEZAR, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016, p.133.

²²⁰ Art. 699 do CPC: Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

ou adolescente com genitor, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, nos termos do artigo 6º da Lei 12.318/2010:

Quadro n. 12: explicação das atitudes a serem aplicadas frente à prática de alienação parental a partir dos incisos do artigo 6º da Lei 12.318/2010.

Inciso do art. 6º da Lei 12.318/2010	Explicação
I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;	<p>A chamada de atenção a ser realizada pelo Juízo, preferencialmente, deverá acontecer desde o início do processo. A campanha de alienação pode ter seu entrave por meio da postura firme e corajosa que se espera daqueles que lidam com direitos da criança e do adolescente.</p> <p>A advertência pode ser informada por meio dos advogados (com despacho e publicação de nota de expediente) mas, também, a experiência tem demonstrado que a intimação do genitor alienador por meio de correspondência com aviso de recebimento ou oficial de justiça é infinitamente mais efetivo. Tais medidas têm cunho pedagógico e forçam a mudança de atitude.</p>
II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;	<p>A ampliação de tempo do genitor alienado com a prole é tudo o que o alienador não gostaria. Assim, sem dúvidas, essa é medida essencial para aproximar os laços que podem ter sido rompidos com os filhos por atitude de quem deveria, por outro lado, protegê-los.</p>
III - estipular multa ao alienador;	<p>A aplicação das astreintes ²²¹ deverá ser determinada por descumprimento, de forma progressiva e, acima de tudo, em patamar que realmente force o cumprimento . A determinação</p>

²²¹ Art. 537 do CPC: “ A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.”

	de multa em valor irrisório afasta a função do instituto e deve ser proporcional ao potencial econômico do genitor que está descumprindo sua função.
IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;	<p>A aplicação do tratamento terapêutico compulsório em todos os envolvidos, exigindo-se periódica comprovação nos autos, é medida que auxilia a minimizar o quadro de alienação e possibilita a transformação efetiva da situação.</p> <p>Segundo Verônica A. da Motta Ferreira-Cezar e Rosa Maria Stefanini de Macedo, “o processo terapêutico, ainda que breve e pontual, permite trabalhar os conteúdos emocionais, focando passado, presente e futuro, visando à transformação profunda do vínculo psicológico, que, no mais das vezes, impede que o ex-casal dissolva o vínculo conjugal e estreite o vínculo parental, o que é indispensável para o saudável relacionamento pós-separação”.²²²</p>
V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;	<p>A mudança da base de residência ou a aplicação excepcional da guarda unilateral em favor do genitor alienado é a medida mais temida daquele causador da alienação. Comungamos do pensamento que, preferencialmente, dever-se-á aplicar o compartilhamento com a moradia em favor do genitor alienado. Em havendo falsa denúncia de abuso sexual, em razão da gravidade do caso, deverá ser aplicada como excepcionalidade a via da guarda unitária.</p> <p>Conforme o artigo 7º da Lei 12.318/2010, a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.</p>
VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;	<p>Quando existe a mudança abusiva de endereço essa é uma medida bastante interessante para obstaculizar a campanha de afastamento.</p> <p>Além disso, nos termos do parágrafo único do artigo 6º da Lei 12.318/2010, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.</p>

²²² FERREIRA-CEZAR, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016, p.141.

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.	A suspensão do poder familiar pode ser requerida, em qualquer momento processual, mediante nova demanda, nos termos do artigo 155 e seguintes do ECA.
--	---

Além das medidas previstas na Lei 12.318/2010, os Tribunais vêm aplicando outras medidas, entre elas, a aplicação do crime de denunciação caluniosa em razão da falsa denúncia de abuso sexual²²³. Destaca-se, também, a decisão do Tribunal gaúcho²²⁴ condenando uma psicóloga ao pagamento de dano moral em razão de laudos emitidos com a intenção de afastar um genitor de sua prole.

O certo é que a situação decorrente da prática ativa e nefasta da alienação parental também deve ser objeto de análise da responsabilidade civil. É imperioso identificar como dano moral indenizável a prática de conduta alienadora, afinal, existe uma prática ilícita, culpável, ativa, geradora de dano, constituindo os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.²²⁵

²²³ APELAÇÃO. ART. 339, § 1º, DO CP. CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. AUMENTO DE PENA EM VIRTUDE DO ANONIMATO. DELITO CONFIGURADO. Comprovado que a denúncia realizada no Conselho Tutelar era infundada, que a acusada tinha conhecimento de que o denunciado era inocente, e de que se valeu do anonimato para acusá-lo, está configurado o crime do art. 339, § 1º, do CP. Apelação da defesa, improvida. (Apelação Crime Nº 70055183131, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 10/04/2014)

²²⁴ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LAUDO PSICOLÓGICO FALSO OU IRREGULAR. PROCESSO JUDICIAL DE GUARDA E VISITAÇÃO DE MENOR. CONDENAÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE ÉTICA. ILÍCITO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL "IN RE IPSA". 1. O caso diz com pedido de indenização por danos morais, decorrentes da elaboração de laudo psicológico falso ou irregular, inserido em contexto de disputa de guarda de menor. 2. Provas dos autos, especialmente julgamento do processo administrativo disciplinar perante o órgão profissional, que corrobora os argumentos da inicial, no sentido de que a ré, na condição de técnica (psicóloga) emitiu laudos falsos, flagrantemente dissonantes da realidade fática que lhe foi apresentada para análise de caso envolvendo a guarda de menor. 3. Configurados o ato ilícito, o dano e o nexo causal, presente está o dever de indenizar os danos morais reclamados. Danos morais "in re ipsa". 4. Considerando as peculiaridades do caso concreto e avaliada a condição do requerente e dos demandados e o nível da lesão sofrida, entendo por fixar o valor da indenização em R\$ 8.000,00 (oito mil reais). (...). APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70058882200, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 09/04/2014)

²²⁵ ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & direito das famílias*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 125.

Com o advento da Lei da Alienação Parental, a fixação de danos morais decorrentes do “abuso moral” ou “abuso afetivo”, advindos da prática alienatória, permite, tanto ao filho como ao genitor alienado, o direito de tal pleito, pois não se trata de indenizar o desamor, mas de buscar a compensação pela prática ilícita²²⁶ (senão abusiva)²²⁷ de atos de alienação parental.

Essa afirmação decorre da redação da própria Lei da Alienação Parental, nos artigos 3º²²⁸ e 6º²²⁹, onde o legislador, de forma didática, estabeleceu que a Alienação Parental “fere direito fundamental da criança ou do adolescente” (art. 3.º), logo, constituindo ato ilícito que gera o dever de indenizar. Já no art. 6.º da mesma lei, complementa dispondo que todas as medidas descritas na novel legislação não excluem a “responsabilidade civil”.

É “essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência materna ou paterna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana.”²³⁰

Como pudemos constatar, o genitor alienador, entre outros fatores, age com extrema facilidade e sutileza para obstaculizar o direito convivencial do progenitor não guardião, encontrando rotas fáceis de acesso para atrair o filho para outras programações mais sedutoras do que a “tediosa” visita de um genitor

²²⁶ Art. 186 do CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²²⁷ Art. 187 do CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²²⁸ “Art. 3.º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

²²⁹ Art. 6.º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso”.

²³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos”. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Leituras complementares de Direito Civil: Direito das Famílias*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 212.

que vem sendo, por igual, paulatina e religiosamente depreciado, e, na sua esteira, também os avós da criança, provenientes da linha parental do genitor não guardião²³¹.

Assim, entendemos que a edição da Lei 13.058/2014 chegou em boa hora ao estabelecer o compartilhamento da guarda enquanto regra geral. Isso porque a guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.²³² Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os feitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais²³³.

A utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral representa, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental²³⁴. Isso porque, em seu comportamento ardiloso e incessante, o alienador busca ser o único cuidador da criança, fazendo com que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto.²³⁵

Importante referendar que o compartilhamento da guarda garante aos filhos pais igualmente engajados no atendimento dos deveres inerentes ao poder familiar, o que, por si só, é extremamente benéfico para qualquer criança. Ao mesmo tempo, tal instituto significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais ativa e intensa na vida dos filhos,

²³¹ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 90.

²³² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90-91.

²³³ SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set.2012, p. 78.

²³⁴ FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à lei 11.698 de 13 de junho de 2008*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 42.

²³⁵ SILVA, Daniel Alt Silva da. A vigência da Lei n. 12.318/2010: uma providência a garantir o direito fundamental à convivência familiar. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. *O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM-RS, 2014, p. 376.

mantendo os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta.

Todos os profissionais que lidam com o desfazimento dos vínculos afetivos têm um sem-número de exemplos de pais e mães que, em razão do momento peculiar que enfrentam, acabam trocando de papéis com a prole, assumindo o seu lugar e passando, assim, a manifestar atitudes infantis.

Quando a birra e a “bateção” de pé se restringem à partilha dos bens – que, muitas vezes, o entrave na divisão patrimonial demonstra ser tão somente a tentativa de permanecer vinculado –, os efeitos não são tão significativos como nos percalços das atitudes da denominada alienação parental.

A verdade é que o genitor que usa o filho como instrumento de batalha ou moeda de barganha para punir o seu ex ou sua ex não consegue compreender que, na verdade, está imputando a seus filhos um castigo perpétuo.

As marcas deixadas quando um adulto agride fisicamente uma criança são visíveis, podendo ser detectadas por todos os que convivem com ela, inclusive professores e amigos.

Em relação à alienação parental, o pior de todo o quadro de uma criança vítima dessa prática é que suas marcas não são visíveis e, infelizmente, quando os sintomas podem ser detectados, a campanha desqualificadora do progenitor alienador já foi concluída, e o vínculo com o pai ou mãe alienado já se torna inexistente.

Na esteira do dito popularmente “quem não aprende no amor, aprende na dor”, na falta de bom senso frente ao necessário cuidado a quem está no início da vida, urge a imposição de medidas com rapidez para minorarmos os males dessa perversa realidade presente nas Varas de Família. A imposição da guarda compartilhada, independente da vontade dos genitores, pode ser um fator profilático de condutas alienadoras haja vista que, em sua aplicação compulsória, serve como alerta para que determinadas condutas possam ser evitadas por algum dos genitores e, principalmente, afasta o poder absoluto sobre os filhos das mãos de apenas um dos genitores.

Dessa forma, sendo em nosso julgamento o compartilhamento da guarda como possibilidade de cogestão parental, analisaremos a seguir a intervenção do Poder Judiciário na esfera privada, as particularidades dos conflitos familistas e, além disso, o papel da Justiça na efetivação do compartilhamento da guarda.

3.2 “Eu quero que o juiz diga pra ELES”: o papel do Judiciário na efetivação do compartilhamento de guarda

O amor inicia na confusão saborosa da identidade de não pensar em outra coisa, e termina na confusão desastrosa da identidade de não querer pensar no assunto por mais um dia sequer²³⁶. Assim, quando “os restos de amor forem levados ao judiciário”²³⁷, a belicosidade que se expressa nas causas da família torna-se cada vez mais preocupante, sendo de fundamental importância a preservação da saúde mental dos indivíduos que nela estão inseridos²³⁸.

Na Justiça, deságuam as carências das áreas da saúde e social, o sofrimento do corpo, mas, principalmente, o sofrimento da alma humana, quando o litígio envolve questões ligadas ao direito de família²³⁹. São as vítimas do jogo insensato ou do macabro circo de miséria humana mal resolvido, homens e mulheres em explosões de ódio e intermináveis disputas por patrimônio ou guarda de filhos, ou em gritos lancinantes de ajuda e meios de seu próprio sustento e alcance de uma vida digna. São também os filhos – principalmente os de tenra idade – colocados como epicentro da disputa paterna, como se

²³⁶ CARPINEJAR, Fabrício. *O amor esquece de começar*. 2. ed. São Paulo: Betrand, 2006, p. 56.

²³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. XVI.

²³⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar – um novo paradigma. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 40, p. 158, fev./mar. 2007.

²³⁹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A ética nos processos desgastados pelo litígio. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006, p. 532.

fossem meros objetos numa relação de forçada convivência em que se lhes renega a posição de sujeitos de direito²⁴⁰.

As disputas familiares, por definição, envolvem relacionamentos que precisam perdurar. A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz²⁴¹. Uma das provas de ineficiência do sistema contencioso é o ajuizamento de inúmeras e sucessivas (e talvez intermináveis) ações judiciais envolvendo a mesma entidade familiar, quando sua dissolução não tiver, como norte, meios que verdadeiramente possam terminar com o conflito.

Diante da compreensão do psiquismo como fruto de inter-relações, a separação não pode mais ser considerada uma questão de lei apenas. A ruptura não envolve tão somente uma discussão quanto a direito e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação pode acarretar nos levam a perceber que ela é mais do que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades.²⁴²

A postura ética do advogado de família (e de todos que laboram com essa matéria) é, antes de tudo, escutar e perceber as sutilezas que entremeiam os elementos meramente jurídicos, para resolver de maneira menos traumática, mais rápida e menos onerosa os problemas daqueles que os procuram²⁴³

Os profissionais que recebem a “vítima”, que tingem sua história com cores tão berrantes, são automaticamente incitados a tomar partido: se há uma vítima e um algoz, deverão se esforçar para protegê-la, assim como providenciar a merecida punição para o carrasco. Dessa forma, unem-se e potencializam-se o pedido consciente de um ser ferido, decepcionado, que se sente atraído, com o paradigma do litígio que vige na formação de todos nós e muito especialmente naquela dos operadores do Direito. A partir de então, está

²⁴⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Os operadores do direito frente às questões da parentalidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 20, p. 150, out.-nov. 2003.

²⁴¹ SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 18.

²⁴² FERREIRA-CEZAR, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016, p.60-61.

²⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 66.

declarada uma guerra da qual quer sair vencedor e conclama seu advogado a oferecer-lhe o armamento que deve ser tão mais pesado quando mais pesadas estiverem sendo a dor, o rancor e o ódio²⁴⁴.

Ao depararmos com a separação de um casal, não estaremos tratando do patrimônio no sentido estrito do termo, mas sim com as perdas emocionais, os lutos afetivos, pela morte de um projeto a dois, pelos sonhos acalentados e não realizados, por tudo aquilo que cada indivíduo depositou em seu parceiro e que verificamos não ser nada além do reflexo de seu próprio desejo de completude. Cada um quer ser indenizado pelo ‘prejuízo’ sofrido em nome do amor que acabou, e assim o dinheiro – nas famílias de classe média – torna-se pleno de significações simbólicas. Transforma-se em prêmio e castigo que as pessoas feridas não hesitam em usar para dar razão às suas mais inconfessáveis emoções²⁴⁵.

O profissional que menospreza essa conjuntura complexa corre o risco de, vaidosamente, deixar-se seduzir pelo papel de salvador da pátria e, “espada em punho”, assumir uma posição tão passional e emotiva quanto seu próprio cliente, fazendo do problema dele o seu²⁴⁶.

A tradição jurídica do ensino do Direito transmite uma pedagogia do litígio sem que, por outro lado, os acadêmicos possam entender com o que estão trabalhando, ou seja, sem um necessário entendimento do funcionamento dos conflitos.

Simmel afirma que, assim como o universo precisa de “amor e ódio”, de forças de atração e de forças de repulsão para que tenha uma forma qualquer, também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e de competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Sociedades definidas,

²⁴⁴ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Dei Rey, 2000, p. 46.

²⁴⁵ *Ibid*, p. 41.

²⁴⁶ LEV, Renata. Equipe reflexiva interdisciplinar e o atendimento do advogado de Direito de Família. In: MUSZKAT, Malvina Ester. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003, p. 78.

verdadeiras, não resultam apenas nas forças sociais positivas da inexistência de fatores negativos que possam atrapalhar. A sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação (positivas e negativas), que se manifestam desse modo como inteiramente positivas²⁴⁷.

O conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática); o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática²⁴⁸. Sua existência previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual se chega às soluções, é a raiz da mudança pessoal e social²⁴⁹.

Assim, embora o conflito seja socialmente um atributo fisiológico e não patológico na sociedade, sua gestão na ruptura dos relacionamentos afetivos trata-se de um fenômeno complexo, como bem observa a psicóloga Ivone Coelho de Souza: “toda a complexa tecelagem afetiva consciente e principalmente inconsciente apresenta-se, então, sob forma do antigo e delicado bordado, desenhado desde a escolha do cônjuge, na relação marido-mulher, no exercício da parentalidade, na inserção da família no social”²⁵⁰ O que é trazido ao judiciário agora é o avesso do tecido, muitas vezes irremediavelmente roto, desbotado, danificado, a pedir restauração. O ato de ruptura, que culmina com a crise, está muito além da separação do casal.

Quando alguém está litigando, relata sua história, que é sempre diferente e diversa da história da outra parte. Ele acredita estar com a verdade.

²⁴⁷ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 124.

²⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 47.

²⁴⁹ DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 34. v. 3

²⁵⁰ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. *Mediação em Direito de Família - um recurso além da semântica*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 27, p. 32, dez./jan. 2005.

Verdade ou não, é sua versão, pois a outra parte também acredita estar dizendo a verdade²⁵¹.

O ajuizamento da petição inicial toma a forma de uma autêntica “declaração de guerra” – a partir de então, só se fala em ganhar ou perder; o estresse e o sofrimento são inevitáveis e marcas indeléveis²⁵². A intimidade do casal será passada a limpo²⁵³. Aliás, essa será a “pedra fundamental” desta construção que visa à desconstrução da entidade familiar.

O vínculo do ódio, da vingança e da perseguição pode arrastar-se durante anos, dificultando a ambos o refazer da vida em outras direções, perpetuando a ligação numa estranha forma de fidelidade²⁵⁴. Substituem a vinculação conjugal por um “vínculo processual afetivo”²⁵⁵, cujas possibilidades de conflitos a se abrirem no âmbito da família são, para regozijo dos(as) “viúvos(as) do vínculo”, múltiplas, oferecendo um farto manancial para o exercício da belicosidade²⁵⁶.

Sobre essas possíveis (e constantes) manutenção de ligação por meio do processo, David Zimmerman relata o litígio de um casal cujo “casamento

²⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 49.

²⁵² RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 90, jul./set. 2005

²⁵³ A Assistente Social Denise Duarte Bruno realizou, em 2006, uma brilhante pesquisa no desenvolvimento de sua tese no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em que entrevistou uma série de magistrados gaúchos. Impressiona o relato de uma magistrada de uma Vara de Família, demonstrando o que os litigantes expõem nos conflitos familiares: “Tudo! (...) eles se expõem, as vísceras deles vêm tudo para fora nos processos, por uma birra. Acho que hoje, assim, aquilo que antes nos falávamos de vergonha – esse sentimento – hoje ele é muito pouco sentido, porque nós no passado tínhamos mais vergonha que hoje. Então, se tinha vergonha de expor ao Judiciário as mazelas, as pessoas ficavam mais constrangidas e hoje não, hoje está liberado geral. Ninguém tem problema de chegar ali em sala de audiência e dizer que o outro transava mal, ou que a outra era frígida, e eles expõem a vida sexual assim como se estivesse pondo o café da manhã para tomar.” (BRUNO, Denise Duarte. Intimidade e racionalidade: a inter-relação da família com o Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM / Lumen Juris, 2008, p. 90).

²⁵⁴ MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8.

²⁵⁵ ZIMMERMAN, David. Processo judicial: forma de manutenção de vínculo? In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (coord). *Direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 64.

²⁵⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Processo como forma de manutenção do vínculo. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (coord). *Direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 73.

durou 19 anos, enquanto que já durava 11 anos o 'vínculo processual afetivo', sendo que está estagnado quanto a uma provável solução definitiva porquanto houve uma intensa e aparentemente irreversível atitude extremamente radicalizada por parte do casal litigante²⁵⁷.”

No final dessa verdadeira *via crucis*, se o juiz não decidir a seu favor, poderá ainda recorrer da sentença a uma instância superior, “onde se realizará outra justiça a seu favor. Clientes e seus advogados sempre acreditam que existe um remédio para o que está errado; o errado está sempre na outra parte²⁵⁸.”

Uma tal insistência (do advogado familiarista, de modo geral) em atizar o conflito, ampliando-o para fora e para além de sua moldura real, no mais das vezes, é movida muito mais pelo costume de assim atuar do que pelas necessidades afetivas dos membros da própria família²⁵⁹.

O litígio conjugal, além de ser um sintoma de que algo ainda está para ser resolvido entre o casal, é uma tentativa de não perder nada. Todos os clientes nos dizem: “Só quero os meus direitos!”, mas têm sempre a sensação de que estão perdendo algo e transferem essa perda para o valor da pensão alimentícia, para a discussão sobre a guarda dos filhos, para o patrimônio, etc. Por trás de toda petição, há sempre uma repetição de uma demanda originária, que é de amor²⁶⁰. É a retaliação realizada, já que “o anel que tu me deste era vidro e se quebrou...”.

Além do advogado inimigo do acordo, também o juiz pode ser importante aliado na manutenção do vínculo. Tal profissional, seja por lhe faltar vocação ou preparo na área de família, ou, ainda, por estar acometido pela “síndrome da pilha” (de processos), não examina com atenção os autos antes

²⁵⁷ ZIMERMAN, David. Processo judicial: forma de manutenção de vínculo? In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (coord). *Direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 64.

²⁵⁸ GRUSPUN, Haim. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 51.

²⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 431.

²⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 282.

de despachar e, por isso, deixa de exercer sua função básica, que é decidir²⁶¹. Outrossim, não é raro que as audiências sejam presididas por magistrados com o relógio na mão, alheios às necessidades dos jurisdicionados, mecanicamente despachando processos e desinteressados em mediar conflitos que poderiam gerar conciliações que assegurassem a estabilidade das famílias²⁶².

Aliado a esse quadro é, também necessário destacarmos o grande volume de processos em tramitação no judiciário. Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, conforme o último levantamento realizado, o total de processos que tramitaram no Judiciário no ano de 2015, excluindo aqueles que estavam no Supremo Tribunal Federal, chegou a 102 milhões. Segundo a pesquisa o tempo médio de tramitação de uma demanda na Justiça Estadual é de 8 ano e 11 meses, sendo interessante a análise do seguinte gráfico referente aos processos em tramitação em 1º grau de jurisdição²⁶³:

²⁶¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Processo como forma de manutenção do vínculo. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (coord). *Direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 76.

²⁶² PENTEADO, Jaques de Camargo. A família e a justiça penal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/DeI Rey, 2000, p. 362.

²⁶³ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2017.

Gravura n. 6: apresenta os processos em tramitação no Poder Judiciário Estadual, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a partir da natureza da matéria em conflito

1. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	4.599.515 (17,01%)
2. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	1.610.846 (5,96%)
3. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	1.081.674 (4,00%)
4. DIREITO CIVIL - Família/Alimentos	776.805 (2,87%)
5. DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	642.822 (2,38%)
6. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Citação	472.205 (1,75%)
7. DIREITO DO TRABALHO - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	464.629 (1,72%)
8. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	445.569 (1,65%)
9. DIREITO CIVIL - Família/Casamento	428.864 (1,59%)
10. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Objetos de cartas precatórias/de ordem/Intimação	425.279 (1,57%)
11. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	414.961 (1,53%)
12. DIREITO CIVIL - Família/Relações de Parentesco	411.072 (1,52%)
13. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Medida Cautelar/Liminar	338.021 (1,25%)
14. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	324.044 (1,20%)
15. DIREITO CIVIL - Coisas/Propriedade	303.840 (1,12%)
16. DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal/Ameaça	303.544 (1,12%)
17. DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	284.395 (1,05%)
18. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	278.980 (1,03%)
19. DIREITO DO TRABALHO - Férias/Indenização / Terço Constitucional	274.649 (1,02%)
20. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	260.428 (0,96%)

Realizando a análise do gráfico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça pode ser verificado que o volume total de demandas pertinentes ao direito de família representou, no ano de 2015, 5,98% do total de processos em tramitação em primeira instância. Destarte, podemos constatar que as causas familiares somente perdem em volume para as questões trabalhistas no Judiciário brasileiro.

Muitas vezes, tal quadro anteriormente analisado, provoca uma certa banalização do sofrimento daqueles que batem às portas do Poder Judiciário. “- Divórcio? Minha senhora, meu senhor... isso acontece todos os dias!” Esquecem-se os serventuários, juízes e advogados que, para eles, aquele é “mais” um processo, enquanto que, para os envolvidos, aquele é “o” processo mais importante de suas vidas.

O afeto está na construção, mas deve estar também na ruptura relacional, resguardando as pessoas para além daquela dose certamente incontrolável de sofrimento que não se pode impedir²⁶⁴.

As consequências de um processo de separação mal administrado, independentemente do tempo existente de relacionamento, podem ser danosas. Adultos recentemente separados ou divorciados sofrem mais acidentes automobilísticos, estão mais propensos a suicidar-se, perdem maior número de dias no trabalho devido a doença e estão mais inclinados a deprimir-se²⁶⁵. No turbilhão emocional, tudo se mistura: perplexidade, euforia, depressão, atordoamento, embotamento, confusão, desorganização da conduta, distúrbios do sono, do apetite, dos ritmos vitais. Sentimentos, emoções, sensações chegam em avalanche. Resultam, muitas vezes, em perda de peso, tensão manifesta em problemas gástricos, dentários, palpitações. Enfim, há maior suscetibilidade a doenças em geral, uma vez que a pessoa está mais vulnerável²⁶⁶.

Ao depois, a dor gerada nos filhos do casal que se separa não traduz apenas um sofrimento momentâneo, mas tem a possibilidade de provocar prejuízos emocionais que podem se estender pela vida toda²⁶⁷. Assim, o papel da comunidade jurídica nas dissoluções afetivas prescinde de uma participação efetiva, principalmente em uma família com filhos, em razão da sua potencialidade de consequências desastrosas de seus desdobramentos.

A dissolução afetiva, especialmente numa família com filhos, não é uma crise tão simples de ser superada²⁶⁸. Contudo, não é o divórcio em si a causa dos problemas dos filhos, e sim a forma como os pais reagem aos filhos

²⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 436.

²⁶⁵ BEE, Helen. *O ciclo vital*. Tradução de Regina Garcez. Porto Alegre: Artmed, 1997, p. 499.

²⁶⁶ MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121.

²⁶⁷ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

²⁶⁸ *Ibid*, p. 65.

durante o processo e a qualidade do cuidado parental que proporcionam depois dele²⁶⁹.

Nada é mais nefasto para o desenvolvimento afetivo da criança do que a incerteza. Cabe aos genitores fixar os objetivos a serem atingidos, definir o que é preciso fazer e o que não se deve fazer. “É lícito dizer que a estabilidade e, portanto, a segurança, dependem, antes de tudo, da conduta dos pais. Será feliz a evolução afetiva da criança, se essa puder, sem risco de erro, predizer aquilo que vai fazer amanhã, em função daquilo que fez ontem e nos dias precedentes²⁷⁰.”

O maior medo das crianças é o de não contar com o amor dos pais quando precisarem dele, e que os pais possam até mesmo partir ou abandoná-las. “Os vínculos que criamos com nossos pais, são a essência do que temos de mais humano. É desses primeiros vínculos que deriva nossa capacidade posterior de sentir empatia, compaixão e amor pelos outros. Essas ligações também constituem os elementos básicos de formação da personalidade, pois nos conferem a sensação mais fundamental de sermos dignos de amor e de considerarmos os outros dignos de confiança. Os vínculos seguros são a maior fonte de alegria e contentamento na infância, mas também podem ser o maior manancial de angústia e desespero quando os laços emocionais são rompidos e os guardiães não estão disponíveis.”²⁷¹.

Qualquer mudança na organização familiar pode ser acompanhada de transtornos e estresse, ainda mais quando existe uma má administração do conflito entre os genitores. Os filhos podem tornar-se mais rebeldes, mais negativos, mais agressivos ou deprimidos ou, ainda, enraivecidos. No caso de estarem em idade escolar, sua performance costuma decair²⁷², isso sem falar no

²⁶⁹ TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Tradução de Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995, p. 22.

²⁷⁰ COSTA, Marli Marlene Moraes da. A guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança. In: LEAL, Rogério Gesta. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 719-770. t. 3.

²⁷¹ TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Tradução de Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995, p. 33.

²⁷² BEE, Helen. *O ciclo vital*. Tradução de Regina Garcez. Porto Alegre: Artmed, 1997, p. 255.

sem número de patologias que podem desenvolver em razão do estresse causado pela separação²⁷³:

Sinais de estresse nos filhos nos diferentes estágios do desenvolvimento: “0 a 2 anos de idade: a) lento no desenvolvimento motor; b) dificuldades no sono, acordando muito; c) choro prolongado durante o dia; d) agarramento exagerado; e) chamar a atenção. 3 a 5 anos de idade: a) regressão em hábitos já adquiridos como comer sozinho, controle esfinteriano diurno (anal e vesical); b) medo de ser largado ou abandonado; c) ansiedade noturna, vespertina e na hora de adormecer; d) agressividade exagerada e irritabilidade; e) crises repetidas de birra. 6 a 8 anos de idade: a) tristeza estampada; b) choros e soluços; c) medos exagerados; d) jogo desorganizado com ímpetos para destruir brinquedos e desmanchar jogos; e) sensação de perda; f) fantasias absurdas de reconciliação, incongruentes, como mágica; g) assustado com fantasias aterrorizantes; h) conflitos na lealdade com culpas constantes; f) autoflagelação. 9 a 13 anos de idade: a) medo de solidão; b) raiva intensa contra um dos pais que acredita ser o causador da separação; c) somatização com dores de cabeça, de estômago ou crises de asma; d) agitado, sem parar, para não pensar sobre o divórcio; e) envergonhado, com retraimento social; f) baixa no rendimento escolar; g) diferente das outras crianças. 14 a 18 anos de idade: a) isolado e solitário; b) sentimentos catastróficos; c) competição e disputas com os pais; d) fadiga crônica com falta de atenção e concentração; e) inveja dos relacionamentos amorosos dos pais.

As constantes brigas dos pais podem promover, no inconsciente das crianças, uma aversão à ideia de casamento, assim como pode produzir um modelo de identificação em cada um dos filhos que, então, farão a escolha – inconsciente – de um futuro cônjuge que guarde características semelhantes às dos pais e, assim, agora como pessoas casadas, repetirão as mesmas cenas de guerra a que assistiam e de que participavam, no passado familiar.

De acordo com David Zimmermann, a psicanálise comprova que todo sujeito possui um grupo de personagens que moram dentro de seu psiquismo, que “interagem dentro de si e que seguem determinado *script*, como o de repetir

²⁷³ GRUSPUN, Haim. *Mediação familiar*. o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000, p. 60.

as mesmas cenas sadomasoquistas que presenciaram e vivenciaram na relação dos pais, desde a infância.” Assim, quando adultos, inconscientemente, escolhem pessoas que se adaptam ao roteiro da peça teatral que está impressa em seu psiquismo, de sorte que os mesmos personagens permanecem desempenhando os mesmos papéis, e só o que muda são os atores, representados pelas novas pessoas escolhidas.²⁷⁴

Esse sofrimento torna-se ainda mais acentuado quando os filhos do casal são usados como meros instrumentos de agressão entre aqueles que, um dia, uniram-se para construir uma vida em comum e para concebê-los²⁷⁵. Fora isso, é comum a prole ser utilizada como “espião”, funcionando como “controle remoto” sobre a vida do ex-cônjuge. Maria Tereza Maldonado refere uma série de exemplos: “Utilizá-los como mensageiros, escudos e armas de ataque; instruí-los para pedir ao pai mais dinheiro, brinquedos caros e benefícios que revertam em favor da mãe; pedir informações sobre o ex-cônjuge, crivando as crianças de perguntas assim que chegam em casa²⁷⁶.” Assim, verdadeiramente “cegos” pelos sentimentos da ruptura do enlace conjugal, usam a prole como arma para atingir o outro genitor.

Contudo, cada um dos genitores precisa apoiar o papel parental do outro e não sabotar a autoridade do ex-parceiro junto aos filhos. Os pais não devem fazer com que os filhos escolham um deles, e sim incentivá-los a ter ligação com os dois genitores simultaneamente²⁷⁷. O filho deve sentir poder amar, vincular-se e desejar conviver com ambos os genitores sem, com isso, sentir-se traído ou ferindo pai ou mãe. Eles precisam ser poupados do papel de interlocutores para as emoções relativas à conjugalidade desfeita, que encontra

²⁷⁴ ZIMERMAN, David. *Psicanálise em perguntas e respostas: mitos e verdades*. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 118.

²⁷⁵ BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle; NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no direito de família – a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, p. 31, out./dez. 2000.

²⁷⁶ MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 204.

²⁷⁷ TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Tradução de Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995, p. 156.

nas queixas e nas desqualificações forma de desabafo e tentativa de trazer o filho como coadjuvante em atitudes vingativas e retaliadoras²⁷⁸.

Atentos a esse quadro complexo, entre os tantos ajustes necessários após a ruptura de um relacionamento conjugal ou convivencial, em um patamar ideal, o interessante seria que a determinação da guarda pudesse ser realizada frente ao consenso entre os genitores.

A vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da Lei da Mediação (13.140/2015) apresenta um marco divisor na prática profissional ao implementar, de modo claro e por uma proposta definitiva, métodos consensuais de tratamento de conflitos como a regra, deixando a intervenção impositiva para a via residual.

Nas ações de família, conforme estabelece o artigo 694 do novo CPC, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Outra novidade é que, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (parágrafo único do artigo 694 do novo CPC).

As sessões de mediação – que, de forma equivocada, o novo Código de Processo Civil, em algumas oportunidades, denomina como “audiência” de mediação – poderão se dividir em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais, para evitar o perecimento do direito (artigo 696 do novo CPC).

O mediador, de acordo com o Enunciado n. 62 Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), deverá advertir os presentes, no início da sessão ou audiência, da extensão do princípio da confidencialidade a todos os participantes do ato. Dessa forma, aos profissionais envolvidos incidirá também a responsabilidade de, inexistente o procedimento

²⁷⁸ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 594.

mediativo, nada do que foi tratado naquele espaço poderá ser deduzido em petições futuras.

Além disso, com o escopo de dirimir as confusões terminológicas entre mediação e conciliação, o novo diploma processual positivou as diferentes especificidades de cada uma das metodologias. O conciliador, de acordo com o artigo 165 § 2º do novo CPC, atuará, preferencialmente, nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes (sendo, por consequência, descartada a possibilidade de sua aplicação nos procedimentos familiares). O profissional, em seu ofício, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Por sua vez o mediador, conforme estabelece o artigo 165 § 3º do novo CPC, atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre os sujeitos, de modo a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito. A ideia é a de que o mediador possa agir como colaborador para que os participantes da mediação possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Nessa esteira, o ofício do mediador prescinde, necessariamente, de um agir interdisciplinar para que ele consiga colaborar para o estabelecimento de uma espécie de “revolução interna silenciosa” do *status quo* antes existente nos participantes das sessões de mediação. Para isso, é recomendável a participação de dois profissionais, sendo que um deles funcionará enquanto mediador e o outro como comediador. Dessa forma, recomenda-se, pela prática da mediação, que a dupla de profissionais possua formação distinta, ou seja, um(a) advogado(a) e um(a) assistente social, um(a) psicólogo(a) e um(a) advogado(a), por exemplo. A utilização da comediação possibilita uma efetiva troca de saberes entre as diferentes áreas de conhecimento.

A Lei da Mediação (13.140/2014) também destacou tal possibilidade, vez que, a requerimento das partes ou do mediador, como estabelece o artigo 15, poderão ser admitidos outros mediadores para colaborarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável, em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Distintamente do procedimento comum (CPC, artigo 334, § 5º), nas ações de família não se permite às partes renunciar, aprioristicamente, à realização da audiência de mediação e conciliação. Sequer havendo petição de ambos os contendores será possível a dispensa do ato. A intenção é clara: fazer com que as partes tenham contato com o mediador, de modo a arrefecer os ânimos e perceber as vantagens da solução consensual.²⁷⁹

E, bem por conta dessa obrigatoriedade, invocando o que reza o § 8º do artigo 334 do Código, a ausência da parte à audiência obrigatória pode ser sancionada com a aplicação de multa. Pensar diferentemente é o mesmo que esvaziar a obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação, uma vez que a ausência da parte não produziria qualquer efeito.

Importante salientar que a aplicação da mediação no procedimento das demandas familiares, pelo Poder Judiciário brasileiro, experiêcia essa em franca expansão desde a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, não afasta o trabalho exercido, de modo extrajudicial, por mediadores particulares. Inclusive, o ideal seria que, frente a nova cultura introduzida pelo novo diploma processual em que os métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por todas as carreiras jurídicas (artigo 3º do novo CPC), os advogados pudessem encaminhar os casos para a mediação prévia, em caráter privado, de modo antecedente ao ajuizamento das demandas judiciais.

O que se busca na contemporaneidade, devendo ser fundamento da prática mediativa, é o deslocamento do trabalho multidisciplinar para um trabalho que se quer interdisciplinar, reconhecendo, nas diversas áreas do conhecimento, seus espaços de entremeio, nos quais se confluem noções e teorias afins e de utilização comum. Enquanto no primeiro os profissionais atuam de forma isolada, no último o trabalho é realizado de forma conjunta, com as ciências trabalhando lado a lado.

Nesse sentido, a mediação é estruturada a partir dessa visão interdisciplinar. Por óbvio, ultrapassar a zona de conforto e caminhar em uma direção a um novo espaço requer o desprendimento de dogmas, a capacidade

²⁷⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 379.

de assumir novas linguagens e aceitar novos horizontes para práticas que, até então, imaginávamos como única forma de agir.

Enquanto na lógica tradicional o juiz ou o árbitro ocupam um lugar de poder, “o mediador, ao contrário, ocupa um lugar de amor”²⁸⁰, isso porque, muito mais do que um acordo, a mediação preconiza o potencial de transformação das pessoas, pois representa a expressão de uma visão relacional, amparada na consideração e no respeito às diferenças²⁸¹.

Possibilitar que a trama seja transformada em um desenlace é um novo comportamento que se espera daqueles que acolhem os envolvidos nos conflitos familiares. Trata-se de um novo agir na sociedade contemporânea, trazendo uma proposta de humanização do atendimento jurídico aos conflitos familiares.

Destarte, o início da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da Lei da Mediação (13.140/2015) possibilitou o alcance de novos modos de agir no tratamento dos conflitos familiares. Todavia, faz-se mister destacar que a efetivação de tal metodologia depende de uma mudança de comportamento de cada um dos profissionais que auxiliem os envolvidos na dissolução afetiva.

Advogados, membros do Ministério Público, magistrados, assistentes sociais e psicólogos que atuam em processos na área de família são conhecedores que as carências dos integrantes do relacionamento conjugal e parental não são necessidades jurídicas, mas sim, de cuidado, atenção e – acima de tudo – uma necessidade de escuta para as dores que não são físicas mas, na verdade, do coração.

Os profissionais que atuam nos conflitos familistas são uma espécie de “cardiologistas da alma”, ressignificando frustrações, projeções e mágoas – até outrora utilizadas como “munição” nas batalhas jurídicas – em mudanças

²⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 65.

²⁸¹ BREITMANN, Stella Galbinski; STREY, Marlene Neves. Gênero e mediação familiar: Uma interface teórica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 36, p. 55, jun./jul. 2006.

firmes, perenes para que os machucados possam ser sarados e, não mais, eternizados.

A substituição do paradigma bélico (resolução do conflito através de batalhas das quais um sairá vencedor, e outro, vencido) pelo paradigma da pacificação, por meio da trégua, faz-se necessária para que se possa levar as partes em conflito a atuar na busca pela mudança, do crescimento e da evolução das relações. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés de trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo²⁸².

Assim, a partir dessa inovadora visão que tem como proposta a mediação de conflitos, construiremos, por certo, uma Justiça mais humana, próxima do cidadão e, também, construindo um espaço de autonomia e resgate da cidadania.

Todavia, não podemos desprezar a ainda ausente falta de cultura de gestão autônoma de conflitos entre os particulares. Nesse quadro, vivemos em uma sociedade extremamente conflitiva, em que se estimam em mais de 3,5 bilhões as perdas humanas devidas a diferentes conflitos, desde o início da humanidade (para uma população total compreendida entre 60 bilhões e 100 bilhões)²⁸³.

²⁸² MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 52.

²⁸³ Nobert Rouland assevera que essa postura destrutiva dos conflitos desde há muito está presente na sociedade: “No Alasca, dividem-se em mais de vinte grupos incapazes de compreender-se de uma etnia para a outra, que se matavam reciprocamente com uma grande facilidade. A sorte dos vencidos não era nem um pouco invejável: “Vencedores, montamos no adversário, o que é um modo simbólico de sodomizá-lo. Antes de cortar a cabeça, urinamos no rosto do vencido, arrancamos seus olhos e costuramos, amarramos sua língua, depois cortamos seus intestinos, fonte de vida interna, da vida em suma; jogamos aos cachorros seu coração, seu fígado (ou os comemos), empalamos pela vagina as mulheres recalcitrantes ou velhas demais; castramos os homens e exibimos, na volta à aldeia, os troféus sexuais ou as cabeças.” (ROULAND, Nobert. *Nos confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 100-101).

A partir da apropriação do poder de dizer o direito e, posteriormente, também realizar a execução das sentenças proferidas, o Estado passou a ser o único legitimado para dirimir os conflitos existentes na sociedade. Por conseguinte, o juiz deve decidir os conflitos porque o sistema social não suportaria a perpetuação do litígio. A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz²⁸⁴. Dessa forma, o tribunal, órgão de justiça, responsabiliza-se em nome da comunidade pela tarefa de enunciar, em alto e bom som, o que se deve e o que não se deve fazer a propósito de todos os casos particulares que lhe são apresentados pela sociedade²⁸⁵.

Quando ocorre alguma pendência entre os homens, eles recorrem ao juiz. Ir ao seu encontro significa apresentar-se perante à justiça, pois o julgador pretende ser, por assim dizer, a justiça encarnada. Na pessoa do juiz, procura-se um terceiro imparcial, e alguns chamam os juízes de árbitros e mediadores, querendo assinalar com isso que, quando se tiver encontrado o homem da justa medida, conseguir-se-á obter justiça. Portanto, a justiça é a justa medida, pelo menos quando o juiz for capaz de incorporá-la. Ele mantém a balança equilibrada entre as duas partes²⁸⁶.

Por mais que o monopólio da jurisdição tenha possibilitado uma segurança jurídica às relações sociais, com o passar das gerações, criou também uma espécie de “dependência social”, em que o diálogo e a cooperação na gestão dos conflitos foram suprimidos pelas batalhas judiciais. Theophilos Rifiotis denomina esse movimento como “judicialização das relações sociais” que, segundo o autor, traduzem um duplo movimento: de um lado a ampliação

²⁸⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: _____; LUCAS, Douglas Cesar. (org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 44.

²⁸⁵ ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

²⁸⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, 45.

do acesso ao sistema judiciário, e por outro, a desvalorização de outras formas de resolução de conflito”.²⁸⁷

Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático²⁸⁸.

A partir da lógica do Estado-Intervencionista²⁸⁹, vive-se hoje o primado deste sobre o indivíduo, com o conseqüente esquecimento do princípio da autonomia da vontade. Experimenta-se o paternalismo estatal em todas as esferas e segmentos da sociedade que, de tão acentuado, arraiga-se no inconsciente coletivo, redundando em exigência dos indivíduos junto ao poder estatal para solucionar qualquer mal que os aflige. O Estado é visto como benfeitor e protetor. Essa é a concepção dominante do Estado que se mantém através dos tempos: o fazedor da ordem, da justiça, do direito e do favor²⁹⁰.

Atentos a essa lógica, tendo como norte a nova cultura que, de modo recente vem sendo implementada por meio do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação (13.140/2015), mostra-se imperioso que, quando ausente o bom senso por parte dos genitores, a guarda compartilhada deverá ser determinada desde o início da demanda.

²⁸⁷ RIFIOTIS, Theophilos. Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a ‘violência conjugal’ e a ‘violência intrafamiliar’. *Revista Katálysis, Florianópolis*, v. 11, n. 2, p. 225-236, jan. 2008. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802008000200008>>. Acesso em: 21 out. 2017.

²⁸⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: _____; LUCAS, Douglas Cesar. (org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 48.

²⁸⁹ “Na perspectiva do Estado dito ‘intervencionista’, a fórmula legitimadora de sua ação regulatória depende de sua eficácia tanto em promover a despolitização dos conflitos para repolitizá-los de modo controlado quanto em ampliar a prontidão generalizada para a aceitação de suas decisões independentemente de seu conteúdo, permitindo-lhe assim garantir o engajamento e a mobilização dos diferentes grupos e classes sociais em torno da ordem vigente”. (FARIA, José Eduardo. O Modelo liberal de Direito e Estado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 31).

²⁹⁰ GORCZEWSKI, Clovis. Soluções alternativas de conflitos para uma nova cultura cidadã. *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n.21, p. 154, jan./jul. 2004.

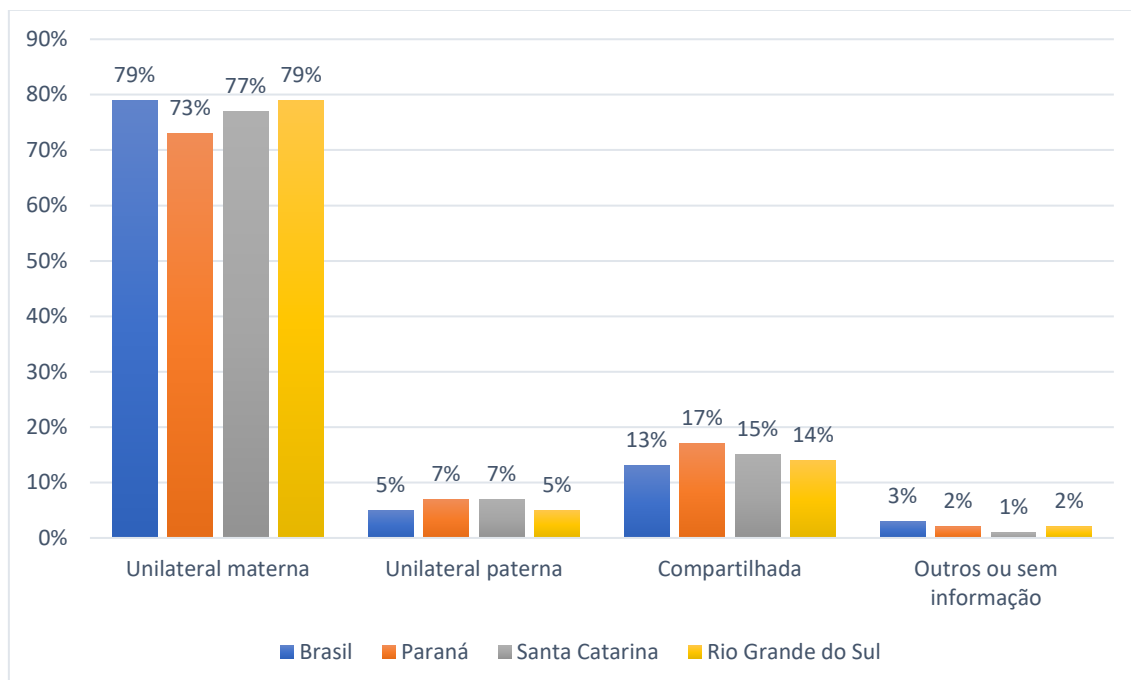
A aplicação compulsória do compartilhamento é justificável haja vista que, embora exista aumento significativo do número de guardas compartilhadas existentes em comparação ao ano de 2002 quando tal situação correspondia apenas 2,6% das separações e 2,7% dos divórcios²⁹¹, as Estatísticas do Registro Civil disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística relativas ao ano de 2015 (sendo a última amostragem disponível), o percentual de guarda compartilhada no Brasil foi de apenas 13%²⁹².

A partir da análise dos dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – cujo quadro encontra-se no apêndice B da presente tese – verifica-se realidade bastante preocupante: entre os Estados da Região Sul, o Rio Grande do Sul conta com o menor índice de compartilhamento, alcançando apenas 14% dos lares. No Estado do Paraná essa realidade acontece em 17% das entidades familiares e, por sua vez, Santa Catarina apresenta o índice de 15% de guardas conjuntas:

²⁹¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/17122003registrocivilhtml.shtm#sub_pesquisas>. Acesso em 17 jul. 2017.

²⁹² De acordo com o resultado da coleta das informações prestadas pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, Varas de Família, Foros ou Varas Cíveis e os Tabelionatos de Notas do País. Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em 18 jul. 2017.

Gravura n. 7: percentuais de cada modalidade de guarda no Brasil e nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e do Paraná, a partir dos dados disponibilizados pelo IBGE²⁹³



Os dados também revelam a supremacia da guarda unilateral materna, presente em 79% das famílias que tiveram sua ruptura no ano de 2015. No comparativo com os demais Estados da Região Sul, mais uma vez, o Rio Grande do Sul é proporcionalmente o que mais apresenta esse modelo, ou seja, segundo a psicanalista Gisele Groeninga, impera o modelo da mãe “dona” dos filhos e do pai “dono dos bens”, o que leva a uma série de abusos, de ambos os lados.²⁹⁴

A realidade prática demonstra que, embora o instituto do compartilhamento esteja vigente há mais de oito anos no país e, pelo menos,

²⁹³ O gráfico foi elaborado pelo autor a partir dos dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Destaca-se, por oportuno, que no apêndice B da presente tese os dados completos podem ser acessados.

²⁹⁴ GROENINGA, Gisele Câmara Groeninga. Guarda compartilhada – responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008, p. 178.

desde 2014 sua aplicação deveria ser a via preferencial, mesmo em casos de litígio, sua aplicação ainda é desprezada nas Varas de Família.

Do que adianta a mudança de uma codificação, em duas oportunidades no curto prazo de seis anos, visando o estabelecimento da igualdade parental se a rotina do Judiciário a despreza?

É notório que, no início de um processo litigioso, todos aqueles que buscam o Estado-Juiz almejam que a sentença sirva como porta-voz de seus rancores e frustrações.

Sabendo-se que, tanto o demandante quanto o demandado, querem “que o juiz diga” para o outro diversas falas, é certo que a intervenção do Judiciário no espaço privado deve atentar a efetivação da doutrina da proteção integral. Essa é a razão do título do presente tópico residir na fala, não a partir dos adultos, mas sim, a partir da prole, destinatária de proteção especial: “Eu quero que o juiz diga pra ELES”! Assim, as decisões, quando se mostrarem necessárias, devem refletir o melhor interesse não de cada um dos pais mas, na verdade, da prole.

Frente à incapacidade dos adultos da tomada de bom senso, em razão dos sentimentos envolvidos na ruptura conjugal, o agir impositivo do juiz, seja de ofício ou por provocação do Ministério Público que, inclusive, possui intervenção no processo de família para a proteção das crianças e adolescentes²⁹⁵, a aplicação compulsória da guarda compartilhada poderia ser, de imediato, aplicada nas ações litigiosas, principalmente, para que os princípios norteadores daqueles que devem ser objeto de proteção em Juízo sejam aplicados, conforme demonstraremos a seguir.

²⁹⁵ Art. 698 do CPC: Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

3.3 “Foi ele(a) que começou”: a imposição da guarda compartilhada à luz do princípio da parentalidade responsável e da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e como meio de promoção da igualdade parental

A família “não é apenas uma construção privada, mas também pública e tem um papel importante na estruturação da sociedade em seus aspectos sociais, políticos e econômicos. E, nesse contexto, pode-se dizer que é a família que “cobre as insuficiências das políticas públicas, ou seja, longe de ser um “refúgio num mundo sem coração” é atravessada pela questão social”.²⁹⁶

Conforme Carlos Montaña, o pensamento marxista não se detém apenas no estudo dos fundamentos da “questão social”, na estrutura, mas deve se debruçar sobre suas “manifestações” e desdobramentos no cotidiano, nas particularidades da vida social, na vida singular das pessoas. Sem qualquer concessão ao pensamento formal-abstrato nem à irracionalidade pós-moderna, sem desarticular o particular do geral, sem isolar o singular, mas sem se esgotar no universal, a família e o cotidiano das pessoas sempre foram objeto do pensamento marxista. Assim, se a perspectiva de longo alcance não deve subsumir a compreensão dos fenômenos do aqui e agora, a luta pela emancipação política e humana é tanto uma luta estrutural, em torno da central contradição de classes, fundamento do capitalismo, quanto também um conjunto de lutas em torno das diversas e variadas manifestações da “questão social”, das múltiplas formas de discriminação, desigualdade, injustiças da vida cotidiana das pessoas.²⁹⁷

No senso moral construído na sociabilidade burguesa, as atividades que derivam do ato de cuidar possuíam a tendência de serem atribuídas às

²⁹⁶ MIOTO, Regina Célia. Família, trabalho com famílias e Serviço Social. *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 12, n.2, p. 163-176, jan./jun. 2010, p. 168

²⁹⁷ Ainda, segundo o autor, há “lutas que não podem esperar a ‘grande revolução’ para resolver problemas pontuais, mas cujos objetivos de curto prazo não necessariamente são antagônicos à finalidade de longo prazo (a superação da ordem burguesa). (MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 16-17).

mulheres e naturalizadas de forma a aparecerem como exclusivas e constitutivas da condição feminina.²⁹⁸

O tempo atual, apesar do avanço legislativo analisado anteriormente, apresenta ainda uma realidade preocupante: segundo pesquisa coordenada pelo Núcleo de Estudos sobre Desigualdades e Relações de Gênero (NUDERG) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), enquanto os homens solteiros dedicam quase 13 horas semanais aos cuidados domésticos e passam a dedicar 12 quando casam, as mulheres deixam de trabalhar 19 horas em casa para trabalhar mais de 29 após o casamento.²⁹⁹

Segundo a professora Clara Araújo, uma das coordenadoras da pesquisa, em conjunto com Alinne Veiga, mudaram os arranjos conjugais e os padrões de crescimento familiar e populacional, mas as investigações continuam apontando essa tendência quase inercial nas dinâmicas de conciliação entre atividades na esfera pública e responsabilidades familiares. Tais aspectos afetam a vidas das mulheres e determinam suas “opções” profissionais e públicas, ou seja, interferem diretamente na vida doméstica cotidiana e subjazem às possibilidades da presença na vida pública. As características de relações de gênero que atribuem ao feminino lugares hierárquicos e poderes decisórios menores, responsabilidades maiores e cargas de atividades no mundo doméstico bem mais elevadas continuam como tônica.³⁰⁰

²⁹⁸ “No cotidiano, palco das ações rotineiras e repetitivas, esta conversão da particularidade em exigências postas pela teia de causalidades coíbe a necessária criticidade com relação aos valores que antecedem e orientam as escolhas dos homens e as mulheres. Reitera-se, dessa forma, a ausência de alternativas e possibilidades de escolhas efetivamente livres. Este fato não elimina, entretanto, a possibilidade da teleologia constitutiva do processo de autoconstrução do ser social e da construção da liberdade. Dentre as mediações necessárias para apreensão de elementos constitutivos desse processo, no que tange valores que permeiam as escolhas humanas na sociabilidade burguesa, estão as delegações de responsabilidades sociais em conformidade com o gênero masculino ou feminino. Ressalta-se que modelo de família nuclear cristalizado no âmbito dessa sociabilidade burguesa, as responsabilidades que recaem sobre a mulher são inculcadas desde que estas ainda são crianças, nos primórdios da educação familiar.” (GUEDES, Olegna de Souza; DAROS, Michelli Aparecida. O cuidado como atribuição feminina: contribuições para um debate ético. *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 12, n.1, p. 122-134, jul/dez. 2009

²⁹⁹ Desigualdade de gênero no trabalho doméstico aumenta com casamento. *Agência Brasil*. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-08/desigualdade-de-genero-no-trabalho-domestico-aumenta-com-o>>. Acesso em 22 out. 2017.

³⁰⁰ ARAÚJO, Clara; VEIGA, Alinne. Domesticidade, trabalho e satisfação pessoal: horas no trabalho doméstico e bem-estar no Estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº18. Brasília, set. – dez. 2015, p. 179-209.

O avanço das mulheres no mercado de trabalho e, também, o grande número de famílias por ela chefiadas, impõem a necessidade de ações afirmativas, visando a necessidade da igualdade entre os gêneros. Já é chegada a hora de efetivação da horizontalização entre gêneros, prevista desde a Carta Magna de 1988, para que a família na contemporaneidade possa desenhar-se como um espaço verdadeiramente democrático e igualitário. Em nosso sentir, um passo importante para isso, está na inversão da lógica de cuidado parental.

A guarda, até pouco tempo, era tratada como um direito a ser atribuído a um dos genitores na separação dos pais, sendo entregue à mãe por tradição cultural. Todavia, atualmente, sua nova ordem pautada é a de tornar ambos os pais corresponsáveis pela educação e formação dos seus filhos, para além da separação daqueles, independentemente de quem os tenha em sua companhia.³⁰¹

A compulsoriedade pode, ao fim e ao cabo, permitir a efetivação daquilo que se encontra legislado uma vez que os dados existentes são de flagrante desconsideração do que se encontra previsto. A prática dos tribunais, ainda refratária às alterações legislativas apresentadas pelas leis 11.698/2008 e 13.058/2014 denotam que tanto as partes, seus representantes, os Promotores e os Juízes encontram-se presos a uma lógica ultrapassada, invariavelmente limitada ao senso comum.

Para Luís Alberto Warat, o senso comum dos juristas pode ser definido como um conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos, estereótipos que governam e disciplinam anonimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito.³⁰²

Segundo Boaventura de Souza Santos, o senso comum reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma fiável e securizante. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência. Ele aceita

³⁰¹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135.

³⁰² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 96.

o que existe tal como existe; privilegia a ação que não produza rupturas significativas no real. Por último, o senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade.³⁰³

Ainda, segundo Warat, os processos significativos do direito apresentam-se como um conjunto heterogêneo de hábitos semiológicos de referência (senso comum teórico) e de discursos organizados a partir de ditos hábitos. Ou seja, os primeiros operam como um código para as enunciações jurídicas. Metaforicamente, o autor caracterizava o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. Grosso modo, os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos esses elementos, apesar da sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais.³⁰⁴

Na mesma toada, Elisabeth Badinter alerta que a persistência do modelo tradicional que santifica a díade mãe/criança recebe, na maioria das oportunidades, a aprovação não apenas do juiz, mas também do pai e da mãe. Segundo a autora, “o pai nem mesmo pensa em pedir a guarda, e a mãe não imagina que a possa entregar a ele³⁰⁵.”

³⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, 1988, vol.2, n.2, p.46-71. ISSN 0103-4014. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141988000200007>>. Acesso em 24 set. 2017.

³⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e o ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 32.

³⁰⁵ BADINTER, Elisabeth. *XY: sobre a identidade masculina*. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 33.

Ainda, segundo a autora, a “maternagem” não tem sexo. Para evitar as armadilhas de linguagem, os anglo-americanos preferem usar a palavra neutra *nurturing* que significa “alimentar física e afetivamente” ou *parenting*. Ambos os termos têm a vantagem de apagar as distinções sexuais. A maternagem se aprende fazendo. (Ibid, p. 178)

Carlos Montaña manifesta que o pensamento conservador e o moralismo religioso (fortes ainda hoje na sociedade, e impregnando as decisões judiciais sobre guarda) contribuem para a manutenção desse quadro e o que é ainda pior: findada a relação conjugal, a criança continua com um dos seus genitores, no mesmo lar, promovendo-se o “falecimento parental” do outro. “Opera-se, assim, uma representação idealizada (e falsa) da realidade, como se um dos genitores ‘abandonasse’ o lar e a criança ficasse na sua antiga casa com o genitor ‘presente’.”³⁰⁶

Ao considerarmos que, no ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça necessitou editar a Recomendação n. 25/2016 para alertar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, atesta o quadro de hábitos semiológicos de referência, anteriormente demonstrado e, inclusive, da manutenção de um pensamento conservador. Afinal, tal necessidade, instiga-nos a um questionamento: tendo como norte a função do CNJ, prevista constitucionalmente, de controlar a “atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, precisaríamos de um documento para alertar aos magistrados a mudança de uma codificação existente em nosso ordenamento jurídico?

Esse quadro nos provoca ao pensamento metafórico de que, assim como vivenciávamos na infância, a chamada de atenção por parte de nossos ascendentes somente se mostrava necessária frente a um comportamento não desejado, desviante do quadro formativo idealizado pelos pais.

Destarte, atentos aos quadros de verdadeira desconsideração do compartilhamento enquanto regra geral, verifica-se que a sua aplicação

³⁰⁶ MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 38. Deixado a si mesmo, o senso comum – de acordo com Boaventura de Souza Santos – é conservador e pode legitimar prepotências. (*Revista Estudos Avançados*, São Paulo, 1988, vol.2, n.2, p.46-71. ISSN 0103-4014. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141988000200007>>. Acesso em 24 set. 2017).

compulsória pode simbolizar um marco de ruptura epistemológica³⁰⁷ afastando-se a lógica vigente dos cuidados parentais limitados a figura da mulher e, bem como possibilitar um ambiente em que a figura de coparentalidade se faça presente mesmo após a ruptura relacional dos genitores.

Outrossim, a compulsoriedade do compartilhamento também poderia se mostrar como meio eficaz de efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Sua positivação no artigo 227 da Constituição Federal de 1988³⁰⁸, na mesma esteira do que já previa a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, impõe sua observação em toda e qualquer ação que diga respeito aos direitos *infanto-juvenis*.

Paulo Lôbo defende que o princípio do melhor interesse “não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”³⁰⁹.

A Carta Política brasileira, no *caput* do art. 226, apresenta que a família é “base da sociedade”, tendo especial proteção do Estado. O mesmo artigo, em seu § 7º, elenca como princípio a paternidade responsável. Logo a seguir, o *caput* do art. 227 impõe como “dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade” uma série de direitos e, também, o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência.

A parentalidade provoca o surgimento de deveres, tendo fundamento normativo, como o art. 1.634, I e II, do Código Civil, que estabelece dentre os quais dirigir-lhes a criação e a educação, além do próprio exercício da guarda.

³⁰⁷ Na ciência moderna a ruptura epistemológica simboliza o salto qualitativo do conhecimento do senso comum para o conhecimento científico; na ciência pós-moderna o salto mais importante é o que é dado do conhecimento científico para o conhecimento do senso comum. O conhecimento científico pós-moderno só se realiza enquanto tal na medida em que se converte em senso comum. (Ibid.)

³⁰⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

³⁰⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55.

Tal dever também tem previsão constitucional, elencado no art. 229, enquanto um dever dos pais “de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Da mesma forma, no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º, é dever da família de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho, em condições de dignidade, referindo expressamente a convivência familiar como direito do infante e do adolescente e a punição em caso de omissão quanto à preservação de seus direitos da personalidade.

O exercício da paternidade e da maternidade – e, por consequência, do estado de filiação – é um bem indisponível para o direito de família, cuja ausência propositada ou o seu desleixo e descompromisso tem repercussões e consequências psíquicas sérias, devendo a ordem legal/constitucional amparar, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de transformar os direitos e deveres do poder familiar em meras regras e princípios morais, desprovidos de jurisdição³¹⁰.

Hoje não se fala mais em poder familiar como o exercício de um poder em si, mas um dever dos pais em assegurar à prole as melhores condições no que tange à sua educação e formação, além de seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos, uma vez que são elementos indispensáveis para a formação dos filhos³¹¹.

Justamente a partir desta percepção da necessidade de uma proteção maior para as crianças e adolescentes é que se deve falar na doutrina da proteção integral criada em virtude da concretização da ideia da criança e do adolescente como sujeito de direitos e da importância da infância no desenvolvimento do humano, sem deixar de atentar-se ao fato de que passou a ser princípio constitucional a prioridade absoluta a essa parcela da população, conforme determina o artigo 227 do texto constitucional³¹².

³¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 25, dez./jan. 2012, p. 108-109.

³¹¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 719.

³¹² SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 26, p. 21-3., out./nov. 2004.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama³¹³ ensina que o princípio do melhor interesse da criança representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, a pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade, comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa.

A criança e o adolescente, em atendimento de sua situação mais vulnerável, merecem uma proteção maior, devendo, conseqüentemente, receber uma atenção maior. O princípio do melhor interesse visa, pois, preservar de todos os meios, o desenvolvimento sadio da pessoa em formação, sendo dever da família, da sociedade e do Poder Público, a efetivação destes direitos e a satisfação de seus interesses³¹⁴.

Dessa forma, ao se reconhecer a existência de uma tutela jurídica diferenciada para a criança e ao adolescente, a quem se deve proteção integral e prioridade absoluta, necessário que se faça uma interpretação sempre à luz do seu melhor interesse nos casos em que esses estejam envolvidos, tais como guarda, filiação, poder familiar e alimentos³¹⁵.

Para a psicanalista Giselle Câmara Groeninga, a ideia de guarda compartilhada quebra a herança de uma rígida divisão de papéis e funções. Ela explicita o compartilhar das responsabilidades no cotidiano da necessária convivência em tempos que não mais a mulher tem a exclusividade na criação dos filhos. Sua aplicação atende à criança em sua necessidade em contar com o pai e com a mãe, mas também a legítima reivindicação dos homens que descobriram a realização em exercer a parentalidade³¹⁶.

³¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 456-67.

³¹⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 654-655.

³¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*, Belém, v. 1, dez. 2010, p. 51.

³¹⁶ GROENINGA, Gisele Câmara Groeninga. Guarda compartilhada – responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008, p. 167-180.

Nessa mesma esteira, importante consignar a alteração realizada no Estatuto da Criança e do Adolescente – microssistema jurídico responsável pela efetivação da doutrina da proteção integral – pela Lei da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) ao inserir um parágrafo único ao artigo 22, consignando que a mãe e o pai têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas.

Assim, o compartilhamento da guarda, mesmo em situações de litígio, representaria um espaço a ser trilhado de efetivação da doutrina da proteção integral haja vista que o filho, independentemente da situação conjugal dos pais, tem o direito de que ambos estejam enquanto corresponsáveis pela sua vida.

É imprescindível, também, analisarmos a temática sob o olhar da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º da CF) e a igualdade de gênero (art. 5º, inciso I da CF).

O suposto destino biológico da mulher à maternidade tem sido construído através de símbolos (Maria), de prescrições religiosas, jurídicas, educacionais (regulamentação da contracepção), das organizações sociais (dispor ou não de creche) e das identidades subjetivas (a mediação entre não trabalhar fora enquanto tem filhos pequenos). Em contrapartida, o masculino, ao ser associado à produção e administração da riqueza, é afastado do reino da reprodução, a não ser pelo sêmen fecundante³¹⁷.

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem³¹⁸

Às mulheres, ainda que exerçam atividades profissionais não vinculadas ao ato de cuidar, impõem-se a responsabilidade pelo cuidado de seus

³¹⁷ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito. GÊNERO E PATERNIDADE NAS PESQUISAS DEMOGRÁFICAS: O VIÉS CIENTÍFICO. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 145, jan. 2000. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9873>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³¹⁸ SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987, p. 8.

familiares ou porque estes se encontram em desenvolvimento (crianças e adolescentes) ou porque, em decorrência de avançados processos de envelhecimento ou adoecimento, necessitam de cuidados intensivos. As mulheres têm, portanto, na construção da sociabilidade burguesa, ampliada a teia de mediações que concorrem para o processo de alienação que coíbe a possibilidade de realização de projetos livres. Cuidar dos familiares, dos companheiros, em concomitância com as atividades sócio-ocupacionais, para cumprir normas historicamente criadas e interpretadas como inerentes à natureza feminina, tornam-se aspectos de uma realidade que tende a desprender-se de seus sujeitos e apresentar-se como eterna.³¹⁹

Na realidade presente começa-se a questionar o denominado instinto maternal, quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade do século XX, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu instinto paternal, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a corresponsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger a criança e o adolescente dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião.³²⁰

Apesar das conquistas dos movimentos de mulheres e de toda uma variedade de importantes transformações no campo da sexualidade e reprodução, ainda hoje reproduz-se nas relações de gênero e familiares, uma delimitação clara de papéis e modelos. Por meio das gerações que nos antecederam tivemos a lógica do homem provedor financeiro e, por outro lado, uma mulher naturalmente afetiva e maternal³²¹.

³¹⁹ GUEDES, Olegna de Souza; DAROS, Michelli Aparecida Daros. O cuidado como atribuição feminina: contribuições para um debate ético. *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 12, n.1, p. 122-134, jul/dez. 2009, p. 123.

³²⁰ GRISARD, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 123-124.

³²¹ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito. Gênero e paternidade nas pesquisas demográficas: o viés científico. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 145, jan. 2000. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9873>>. Acesso em: 24 set. 2017.

É certo que o compartilhamento da guarda, como via preferencial, está umbilicalmente ligado à consagração dos direitos da mulher. Atentos ao passado (ainda que recente) onde o espaço doméstico era o único a ser alcançado pelo gênero feminino, os avanços da igualdade em relação à força de trabalho e renda, modificaram os paradigmas do cuidado que, a partir de agora, não é mais questão de gênero, mas sim, inerente à parentalidade³²².

Segundo a Assistente Social Denise Duarte Bruno, as mulheres deixaram de ser “rainhas do lar” e passaram a ser cidadãs. Rompida a cristalização dos papéis de outrora, a posição dos homens também se altera, e, paradoxalmente, uma das consequências da luta das mulheres é a reivindicação masculina ao reconhecimento de seus direitos no espaço da intimidade.³²³

Ao depois, ainda vivenciando uma lógica de supremacia da unilateralidade – como pudemos constatar pelos dados disponíveis – onde são constantes os reclames femininos em relação ao sobrecarregamento às mães quanto aos cuidados com a prole, verifica-se com a guarda compartilhada uma via de cogestão parental, atendendo aos interesses também das mulheres.

Necessário também a análise da aplicabilidade da guarda compartilhada frente ao fenômeno do pluralismo das entidades familiares. A proteção contemporânea a novas formas de família, independentemente de orientação sexual ou número de componentes, onde a escolha da filiação é realidade presente, a aplicação da guarda necessita ser repensada de maneira distante ao pensamento conservador.

³²² Para Carlos Montañó, “a defesa da ‘igualdade parental’ constitui uma bandeira de luta amarrada no mesmo mastro da defesa da ‘igualdade de gênero’, protagonizada pelo movimento feminista, sendo aquela uma particularidade desta. Porém, a ‘igualdade parental’ articula-se diretamente com outras lutas particulares na defesa dos direitos humanos, como a luta pela igualdade de direitos a partir da ‘diversidade de orientação sexual, promovida pelo Movimento LGBT, pois a ‘igualdade parental’ é uma demanda oriunda principalmente da transformação social em relação ao casamento monogâmico e heterossexual, em função de uma nova realidade constituída de diversos e variados tipos de ‘arranjos familiares’, o que coloca essa luta também atrelada à luta pelos direitos das relações homoafetivas. Ainda, a ‘igualdade parental’ funda-se nos mesmos pilares que a luta pela defesa dos direitos da criança e do adolescente, direitos, aliás, superiores jurídica e eticamente (MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 127)

³²³ BRUNO, Denise Duarte. O nome do pai. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho (org.) *Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade*. Poro Alegre: IBDFAM-RS, 2005, p. 163.

Situações como a guarda de filhos decorrentes de uma relação casamentaria ou convivencial entre dois homens ou, até mesmo, uma prole decorrente de uma união poliafetiva, a partir de mais de três integrantes independente de gêneros, são questões que desafiam e desafiarão cada vez mais os profissionais de carreira jurídica. Nessas novas realidades, em demandas já presentes no Judiciário, a visão binária de gênero não permitirá a solução adequada da questão.

A verdade é que, de forma autônoma a realidade da família de origem, a legislação infraconstitucional³²⁴, na esteira da Carta Magna, adota as mesmas diretrizes ao conferir proteção integral e impor a prevalência dos interesses dos filhos sobre os interesses particulares dos pais, como forma de garantir-lhes o pleno desenvolvimento em um ambiente capaz de atender às suas necessidades enquanto pessoas em condições de liberdade e dignidade.

Importante destacar que a família na pós-modernidade está estruturada sob a perspectiva do afeto, da solidariedade, da ética, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, nos termos dos artigos 1º a 3º, art. 5º e artigos 226 e 227 da Constituição Federal, assim, conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a família é o *núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana*.³²⁵

E como brilhantemente expõe a psicanalista Eliana Riberti Nazareth, a adequada estruturação da psique se dá de maneira paulatina e constitui um processo e não um estado que, para acontecer, precisa de segurança, constância e estabilidade.³²⁶

³²⁴ Art. 4º do ECA: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

³²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5

³²⁶ NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda ou responsabilidade parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não-dito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212.

Em famílias separadas, para sentir-se estável, a criança precisa ter sentimento de dupla pertinência, isto é, saber que pertence inteiramente às suas duas famílias, a que ela constitui com o pai e eventuais irmãos, e eventual nova esposa ou companheira, e a que ela constitui com a mãe e eventuais irmãos, e eventual novo marido ou companheiro. A criança precisa sentir que suas duas famílias são famílias inteiras e, quando em estada na casa do não guardião, que não é hóspede, mas filho pertencente à casa daquele, que durante esse período, deverá estar concretamente na prática das funções de guardião, sem o que a vida não poderá fluir de modo tranquilo.³²⁷

E com a sensibilidade que lhe é peculiar, leciona Luiz Edson Fachin: mais que fotos nas paredes, quadros de sentido (a família há de ser), possibilidades de convivência.³²⁸ Nessa toada, a experiência tem demonstrado que, em geral, a repartição das tarefas de cuidado garante uma relação pessoal mais equitativa e por igual satisfatória, e isto pode ser facilmente associado a um crescimento sadio dos filhos e à satisfação paralela dos progenitores e serão pais adultos que criarão filhos adultos.³²⁹

Zelar pelo interesse da criança e do adolescente é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social³³⁰.

Partindo-se do pressuposto de que a guarda é compartilhada e, por outro lado, a unilateralidade enquanto exceção, todo aquele que buscar o Judiciário com a ideia de que seus propósitos (muitas vezes egoísticos) sejam atendidos terá, com a imposição do compartilhamento, a modulação de seu comportamento³³¹ e, por consequência, estaremos por construir um novo modelo parental a ser introjetado na cultura brasileira.

³²⁷ FERREIRA-CEZAR, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016, p.93.

³²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

³²⁹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 238.

³³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 137

³³¹ No próximo tópico da presente tese serão apresentadas propostas de situações a serem aplicadas que almejam consolidar o novo pensamento igualitário do compartilhamento de guarda em situações de litígio.

O espaço do Judiciário serve como local para a proteção dos direitos inerentes àqueles que, conforme a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 15³³²), enquanto “pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição” necessitam do Estado-Juiz. Dentre os direitos de liberdade que o microssistema assegura está, no artigo 16, inciso V, o de participar da vida familiar, sem discriminação. Esse direito, certamente, não pode ser interpretado como via de acesso a apenas um dos genitores em detrimento do outro.

Em outra banda, na contemporaneidade, tem-se trabalhado com a ideia de respeito à autonomia privada, inclusive na seara familiar. Sob uma nova roupagem e um novo papel, a família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros.³³³ O sistema jurídico tem de se adequar a essa realidade e, reconhecida a existência de limites para a intervenção estatal na vida privada, respeitar a autonomia dos titulares de direitos para sua própria autodeterminação.³³⁴

Por força do reconhecimento do quadro em tela, identifica-se atualmente um *direito de família mínimo*, um direito de família no qual deve prevalecer, como regra geral, o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família, pois somente dessa forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos seus direitos fundamentais, o desenvolvimento da sua personalidade. Por ele se entende que a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *ultima ratio*, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família.³³⁵

³³² Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

³³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 157.

³³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 22.

³³⁵ Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves, a expressão “Direito de Família Mínimo é colhida do Direito Penal, seara na qual se presencia fenômeno semelhante, propugnando-se um Direito Penal Mínimo, uma vez que o Estado somente deve utilizar o Direito Penal para tutelar os bens mais caros à sociedade (fragmentaridade) e como extrema ou *ultima ratio* (intervenção mínima

Dessa forma, com o intuito da promoção dos direitos fundamentais o Estado não possui apenas o poder mas, na verdade, o dever de agir. Assim, frente ao caso concreto, relativizam-se as previsões dos artigos 21 e 1.513 de nossa codificação civil³³⁶ para a promoção dos direitos das pessoas integrantes das entidades familiares.

Considerando-se a guarda compartilhada como meio de efetivação da doutrina da proteção integral tem-se, com isso, a sua aplicação compulsória como meio necessário à efetivação dos direitos fundamentais dos filhos nas rupturas afetivas.

Destaca-se, por oportuno, que a interferência na órbita privada no que diz respeito à filiação é, desde há muito, possível em nosso ordenamento jurídico. Prova disso é que no Código Penal, editado em 1940, existe a previsão enquanto tipo penal como crime tipificado no Código Penal, nos artigos 244 e 246³³⁷, o abandono material e intelectual do filho criança ou adolescente.

Outro exemplo de interferência na esfera privada a respeito da filiação reside na previsão da Lei 8.560/1992, que estabelece o procedimento de verificação oficiosa da paternidade. Trata-se de um procedimento administrativo, sem caráter judicial, mas com a presença do magistrado, iniciado pelo oficial do cartório do registro civil de pessoas naturais, tendendo a regularizar, de forma

propriamente dita), ou seja, quando insuficiente a tutela promovida por outros instrumentos sociais, como a família, a coletividade, o Direito Administrativo, o Direito Civil etc. No Direito de Família (Mínimo), o Estado igualmente apenas está autorizado a ingerir no seio familiar em hipóteses excepcionais e extremas (...) (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145).

³³⁶ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

³³⁷ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

mais econômica e célere, o *status familiae* das crianças e adolescentes.³³⁸ De acordo com o artigo 2º da Lei 8.560/1992, caso a mãe realize o registro de um infante, sem indicar o nome do pai, o Oficial do Registro Civil de Pessoa Natural deverá remeter ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.³³⁹

Pode ocorrer, entretanto, que a mãe não tenha interesse em promover o reconhecimento paterno. A realidade contemporânea, conforme alerta Eduardo de Oliveira Leite, apresenta centenas de casos de mães que procuram excluir o pai biológico da vida da criança, ou porque pretendem substituí-lo por um outro pai, ou para evitar de ter de dividir uma autoridade que elas entendem não lhes ser devida.³⁴⁰ Mesmo assim, o procedimento administrativo será instaurado com o objetivo de proteção da criança, que tem o direito à sua ancestralidade.

Por fim, necessário refletirmos que, com muita frequência, os dilemas das famílias pobres saem da esfera privada para a pública, por meio de situações diversas, como denúncias aos Conselhos Tutelares acerca de diferentes formas de violência contra a criança, de evasão ou infrequência escolar, de negligência, de abandono, entre outras³⁴¹. Assim, a intromissão do público sobre o espaço privado pode e deve ocorrer sempre com o escopo protetivo, independentemente da classe social atingida.

Considerando que, a possibilidade do compartilhamento em casos de litígio foi legislada apenas em 2014, há quem insista no argumento de que, em situações de litígio, a atribuição da guarda unilateral evitaria as disputas e poderia instaurar a paz e harmonia. Segundo Carlos Montaña, “essa suposta

³³⁸ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 127.

³³⁹ O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai (podendo ser utilizada a via postal), independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (artigo 2º § 1º 8.560/1992).

³⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

³⁴¹ TEJADAS, Silva. O sistema de justiça e família: entre a tutela, a punição e a garantia de direitos. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho (coord). *Parentalidade - Análise Psicojurídica*. Curitiba: Juruá, p. 241

harmonia é a mesma que parece haver quando alguém aponta uma arma para outrem”. Segundo o autor, com a unilateralidade cria-se uma aparência de harmonia, afinal, “tanto a pessoa desarmada ameaçada por um sujeito armado quanto o genitor e os filhos alienados, alvos do ‘poder’ do ‘guardião’, garantido pela ‘guarda unilateral’, todos eles permanecerão submissos frente à ameaça de uma ‘arma’, da ‘força’ desigual, o que pode dar a sensação de ‘harmonia’”.³⁴²

Imperioso, outrossim, analisarmos que ter filhos não é apenas o resultado de um “acidente biológico”, que se esgota no momento da concepção³⁴³ e que, ao fim e ao cabo, a imposição da guarda compartilhada pode ser um importante instrumento profilático à prática da alienação parental, mas também, de efetivação do princípio da parentalidade responsável.

Embora originalmente tratada apenas enquanto via de planejamento familiar uma vez que se faz presente no parágrafo 7º do artigo 227³⁴⁴ da Constituição Federal, a parentalidade responsável apresenta o conjunto de atribuições impostas aos genitores no exercício da vivência dos filhos.

Com a influência do cristianismo, o poder familiar assumiu características de direito protetivo, tornando-se uma imposição de ordem pública, no sentido de os pais zelarem pela formação integral dos filhos, com o alcance determinado pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira, merecendo a criança e ao adolescente especial destaque, alvo de absoluta prioridade, sendo assegurado a eles e agora também ao jovem, em razão da Emenda Constitucional n. 65/2010, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao

³⁴² MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 151.

³⁴³ COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade Responsável*. Curitiba: Juruá, p. 13

³⁴⁴ Artigo 227 § 7º Constituição Federal: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Em 1996, por meio da Lei n. 9.263, o § 7º do art. 226 da Constituição Federal foi regulamentado tratando a normativa sobre o planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo o cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único. É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.”

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, deixando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³⁴⁵

Tal prerrogativa é decorrência do vínculo jurídico de filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e das relações baseadas, sobretudo, no afeto.³⁴⁶

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais a filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo.³⁴⁷

A procriação impõe a assunção de responsabilidades e vincula a pessoa a situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas ao filho, à sua descendência. Desse modo, a consciência a respeito da paternidade e da maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e adolescência, sem prejuízo logicamente das

³⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 676.

³⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1191.

³⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 461.

consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta – como, por exemplo, a obrigação alimentar.³⁴⁸

Ao depois, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, dispõe que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles. Na imaginação de muitos filhos do divórcio, está muitas vezes o desejo profundo de que a família se reestruture, como um *puzzle*³⁴⁹ que se pode desfazer e refazer.³⁵⁰ A guarda compartilhada pode, por certo, dar um novo significado com a criação de uma nova imagem na memória dos filhos onde, a partir da participação ativa de ambos os genitores, poderão contar com ambiente mais seguro e menos hostil.

Embora reconheçamos as dificuldades de sua implementação no momento imediato após ruptura, comungamos que o compartilhamento permite a construção de um novo “idioma” entre os genitores, onde até outrora a linguagem era enquanto casal e, com o novo espaço, o “dialeto” da parentalidade será exercido, mesmo que no início a “tradução” desse espaço seja realizado em ambiente terapêutico.

Buber apresenta a assertiva de que uma relação reside onde se há uma reciprocidade e uma dialogicidade.³⁵¹ O exercício diuturno de uma coparentalidade propicia a criação desse espaço, onde ambos reconhecerão sua importância para a prole e, também, que a divisão de tarefas representará vantagens em igual proporção aos adultos envolvidos.

Segundo a Assistente Social do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) Nélia Sorahia Fonseca de Melo, o estímulo à corresponsabilização, à coparentalidade, à igualdade parental, ao exercício pleno dos deveres inerentes ao poder familiar e a convivência familiar de forma democrática e salutar são

³⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. (org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 934.

³⁴⁹ Quebra cabeça.

³⁵⁰ BALANCHO, Leonor Segurado. *Ser Pai Hoje - A Paternidade em toda a sua Relevância e Grandeza*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67.

³⁵¹ BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Tradução do alemão, introdução e notas por Newton Aquiles Von Zuben. 10. ed. São Paulo: Centauro, 2001, p. 100.

alguns dos ganhos afetivo-relacionais que a guarda compartilhada pode representar às famílias.³⁵²

Para os filhos, na mesma toada, o compartilhamento propicia acesso a ambos os pais, reduz sentimentos de perda ou abandono, diminui a pressão sobre as crianças que não terão de escolher entre um ou outro, elimina o conflito de lealdade, garante a manutenção de relações e ligações com as duas famílias e os avós paternos e maternos.³⁵³

Muitos, infelizmente, ainda falam que “é melhor a qualidade do que a quantidade”. É importante relativizarmos essa afirmação. A qualidade, que está relacionada ao que o pai faz com o filho, é fundamental. Contudo, as crianças precisam que ambos os pais estejam presentes e que participem de suas vidas.³⁵⁴ Conforme Leonardo Boff, “construímos o nosso mundo a partir de laços afetivos. Sentimos responsabilidade pelos laços que nasceram. Não habitamos o mundo somente através do trabalho, mas fundamentalmente através do cuidado e da amorosidade. É aqui que aparece o humano do ser humano”.³⁵⁵

Muitas vezes, a realidade das relações demonstra que, no pós-separação, funções que eram exercidas de forma complementar enquanto os pais estavam juntos, quando do divórcio, dão margem às mais diversas formas de competição, atribuição de culpas e indevido exercício do poder a um verdadeiro abuso de direito.³⁵⁶

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e da sua moradia em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos,

³⁵² MELO, Nélia Sorahia Fonseca de. Guarda compartilhada: Reflexões sobre a igualdade parental e o direito à convivência familiar. *15º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais (CBAS)*, Olinda, 2016.

³⁵³ SOUZA, Jumara Toledo Pennacchi Souza; MIRANDA, Vera Regina. Dissolução da conjugalidade e guarda compartilhada. *in*: CARVALHO, Maria Cristina Neiva de; _____. *Psicologia Jurídica - Temas de Aplicação I*. Curitiba: Juruá, p. 207.

³⁵⁴ BUENO, Rovana Kinas; BOSSADI, Carina Nunes Bossardi; VIEIRA, Mauro Luís. Papel do pai no contexto contemporâneo. *In*: GOETZ, Everley Rosane; _____. (org.) *Novo Pai - Percursos, Desafios e Possibilidades*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 109.

³⁵⁵ BOFF, Leonardo. *Princípio de compaixão e cuidado*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 12.

³⁵⁶ GROENINGA, Gisele Câmara Groeninga. Guarda compartilhada – responsabilidade solidária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008, p. 171.

seguindo responsáveis pela integral formação da prole, ainda que separados, abrindo a possibilidade de realizar, da melhor maneira possível, suas funções parentais. O exercício dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo da mesma maneira o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm no exercício das suas funções parentais e na tomada das decisões relativas aos filhos.³⁵⁷

“Foi ele(a) que começou” é sempre a justificativa que usamos na primeira infância quando nossa atenção é chamada. Na resolução das questões parentais, ambos iniciaram em conjunto (mesmo que ausente o planejamento) e precisam, para o bem dos filhos, acostumarem-se ao exercício cooperativo dos cuidados da prole. O compartilhamento de caráter forçoso não deixa de ser uma chamada de atenção aos pais mas que, nesse momento, em se tratando de bem-estar dos filhos, não importa quem começou: não há culpados, mas sim, responsáveis simultaneamente.

Dessa forma, em nosso sentir, a guarda compartilhada, apresenta-se como um desafio na efetivação não apenas da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, mas também do princípio da parentalidade responsável, sendo um dever de todos, a sua efetivação. Por isso, no último tópico da presente tese, verificaremos medidas em outras esferas para a garantia dos direitos da criança e do adolescente, para além das decisões judiciais.

3.4 “E viveram felizes para sempre?”: as ferramentas necessárias para a manutenção de um ambiente igualitário

Ao longo da presente tese, pudemos constatar que, com o passar das gerações, a função de cada um dos integrantes da família foi transformada. Os papéis de cuidado e provedor eram determinados pelo gênero e não por suas habilidades, a felicidade e os sentimentos eram obstaculizados pelo

³⁵⁷ MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 212.

reconhecimento de uma só via na constituição de família e, também, a busca do melhor interesse não era necessariamente das crianças e adolescentes, mas sim, dos adultos envolvidos em um litígio familiar.

O compartilhamento implica, na mesma esteira, uma transformação do pensamento conservador vigente onde ainda reside no gênero feminino a postura social referente ao cuidado. Destaca-se, por oportuno, que a tarefa hercúlea de modificar essa estrutura em relação ao gênero também prescinde de ações afirmativas de caráter impositivo em diversas órbitas para a efetivação da igualdade jurídica entre homem e mulher. Por exemplo, quanto ao direito eleitoral, desde a vigência da Lei nº 12.034, de 2009, cada partido político deve apresentar, no mínimo, trinta por cento de candidaturas de cada sexo em cada certame eleitoral. Segundo o Senado Federal, embora representem 7 milhões a mais de votos no Brasil, as mulheres ainda não têm representação proporcional a esse número no Parlamento. Em 2014, só 11% dos cargos em disputa em todo o país ficaram com candidatas. No Congresso, a bancada feminina tem 51 deputadas (9,94% das 513 cadeiras) e 13 senadoras (16% das 81 vagas).³⁵⁸ A obrigação da reserva de vagas representou em aumento significativo na participação feminina na política mas, mesmo assim, a postura impositiva da reserva ainda é necessária e será, a longo prazo, um meio para alcançarmos a igualdade de gêneros no plano político.

Enquanto mais um espaço de concretização da igualdade entre os gêneros, em nossa percepção, o compartilhamento pode ser a melhor saída para a proteção da prole de eventuais litígios dos pais. Afinal, o “filho precisa sentir que ambos os pais cuidam dele e o protegem. Naturalmente, quanto menor a criança, mais necessitará de vinculação afetiva estável e de cuidados físicos e materiais, mas todos os indivíduos antes da maioridade dependem, inevitavelmente, de cuidados básicos como saúde, educação e sociabilidade, permeados por amor, independentemente da condição social, financeira ou instrucional de seus genitores. Cuidado é sinônimo de amor. Qualquer relação

³⁵⁸ Senado Federal. Disponível em < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/08/lugar-de-mulher-tambem-e-na-politica>>. Acesso em 10 jul. 2017.

dita de amor que não seja embasada pelo cuidado, pode ser outra relação, mas não de amor”.³⁵⁹

Em termos mentais é preciso que se saiba que nada se “deleta” da memória da criança, mas sim, nela estão marcados indelevelmente a presença ou ausência. O reconhecimento das diferenças, a complementariedade das relações, o afeto, a responsabilidade e solidariedade são qualidades essenciais e fundamentais para que a família, mesmo transformada, atinja sua finalidade em ser tempo/espaço do desenvolvimento dos recursos de personalidade de seus integrantes. É preciso que se tenha em mente que a família é um sistema solidário, de relações complementares, de exercícios e funções e que a desconsideração do direito de um de seus elementos necessariamente fere o dos demais.³⁶⁰

Com a aplicação do que se defende na presente tese, o compartilhamento não significa que eventuais litígios entre os genitores não ocorrerão quanto ao tempo de convívio ou alimentos, entre outros aspectos que envolvem a vida cotidiana, mas, será uma possibilidade para uma maior corresponsabilização em relação à gestão da vida da prole. Dessa forma, tal fator pode significar um desincentivo à disputa judicial e,, paulatinamente pode vir a representar uma mudança no *status quo* em relação aos cuidados parentais após as rupturas conjugais ou convivenciais.

Embora almejada enquanto possibilitadora da proteção integral das crianças e adolescentes e, também, enquanto via de aplicação do princípio da parentalidade responsável, o compartilhamento impositivo é um dos meios de efetivação de tais garantias, mas que, em nossa visão, ainda prescindem de outras atitudes em quatro planos: no Judiciário, no Poder Legislativo, no Poder Executivo e, por último, nos veículos de imprensa.

³⁵⁹ FERREIRA, Veronica Aparecida da Motta Cezar. Um novo olhar ao direito de família: a visão psicojurídica. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, vol. 2/2014, p. 183 – 202, out - dez / 2014.

³⁶⁰ GROENINGA, Gisele Câmara Groeninga. Guarda compartilhada – responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008, p. 174.

Considerando que, no desenvolvimento da presente tese, parte-se da premissa da relevância da guarda compartilhada em demandas litigiosas, em nosso sentir, é no Judiciário – para além de sua atuação tradicional – que a proteção integral das crianças e adolescentes e, também, do princípio da parentalidade responsável poderão ser efetivados.

Existindo o compartilhamento, a fixação da responsabilidade conjunta dos genitores desde o início da demanda não inviabiliza a aplicação da regra processual pertinente às ações de família, afinal, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 694, é bastante claro: todo o esforço deve ser realizado pela solução consensual da controvérsia.

Dentro dessa perspectiva, entre as metodologias possíveis a serem aplicadas nos processos belicosos, vem crescendo a visibilidade de projetos, inclusive no Rio Grande do Sul, aplicando as constelações familiares.³⁶¹

Por meio da ciência dos relacionamentos criada pelo filósofo e terapeuta alemão Bert Hellinger, a técnica concretiza a necessidade de se pensar os conflitos judiciais num contexto mais abrangente e sistêmico, objetivando viabilizar o equilíbrio da relação conflituosa a partir de um viés terapêutico. De outro lado, busca-se a conscientização acerca dos papéis de cada um dos componentes do grupo familiar, de modo a evitar a formação de novos conflitos.³⁶²

Afora a inovadora prática da constelação, a mediação de conflitos, prática usual desde há muito no contexto judicial e bastante valorizada na

³⁶¹ O Projeto “Justiça Sistêmica” é de responsabilidade da Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Judicial da Comarca de Parobé Lizandra dos Passos, em conjunto com as psicólogas Cândice C. Schmidt e Cristiane Pan Nys e encontra-se em aplicação em Porto Alegre, Novo Hamburgo, Parobé e Capão da Canoa.

³⁶² Segundo Lizandra dos Passos, Cândice C. Schmidt e Cristiane Pan Nys, a “ciência dos relacionamentos criada por Bert Hellinger vem sendo utilizada no Judiciário das mais diversas formas: seja com o próprio trabalho fenomenológico, tal qual proposto por Hellinger; seja como pano de fundo para auxiliar em audiências - promovendo verdadeiras conciliações – para facilitar a oitiva de crianças (com a utilização de bonecos) ou até auxiliando na tomada de decisão (a utilização nas decisões/sentenças de frases curadoras, o olhar para a gênese do conflito, sem se descuidar do exame jurídico da questão, mas realizado a partir da construção sistêmica). Dessa forma, a utilização da visão sistêmica permite um olhar para o sistema familiar como um todo e, com isso, promove a paz (pacificação social)”. (PASSOS, Lizandra dos; Cândice C. Schmidt; NYS, Cristiane Pan Nys. In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOME, Liane Maria Busnello; FLEISCHMANN, Simone Tassinari. *Temas do dia a dia no direito de família*. Porto Alegre: IBDFAM-RS, 2017, p. 70).

legislação brasileira desde 2015, mostra-se como um espaço fértil para construção de um espaço onde os papéis parentais possam ser reconstruídos após o término do vínculo conjugal ou convivencial.

Considerando que os encontros de mediação podem ser realizados tantas vezes em que se mostrarem necessários (artigo 694 do CPC), a prática mediativa poderá auxiliar aos genitores a construir de que forma acontecerá a cogestão parental, bem como o tempo de convívio e as demais questões pertinentes.

Além disso, tendo como norte que o Poder Judiciário vive um momento histórico de humanização, a Oficina de Parentalidade e Divórcio surge no cenário jurídico brasileiro como um instrumento para a promoção de uma cultura de paz³⁶³ e catalisador de mudanças comportamentais e sociais, desenvolvidos a partir do diálogo com outros saberes. A partir dessa prática, busca-se despertar nos pais e nas mães em litígio, a consciência da importância do exercício de uma parentalidade responsável e colaborativa para a satisfação das reais necessidades de seus filhos e das estratégias que poderão ser utilizadas para a satisfação de tais necessidades, que incluem a substituição de uma abordagem destrutiva dos conflitos familiares por uma abordagem dialógica e o convívio qualitativo dos filhos com ambos os genitores, ajudando-os, assim,

³⁶³ A Organização das Nações Unidas (ONU) definiu cultura de paz na *Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz*, como um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: a) No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; b) No pleno respeito aos princípios de soberania, integridade territorial e independência política dos Estados e de não ingerência nos assuntos que são, essencialmente, de jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional; Comitê Paulista para a Década da Cultura de Paz – parceria UNESCO-Associação Palas Athena 3 c) No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; d) No compromisso com a solução pacífica dos conflitos; e) Nos esforços para satisfazer as necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente para as gerações presente e futuras; f) No respeito e promoção do direito ao desenvolvimento; g) No respeito e fomento à igualdade de direitos e oportunidades de mulheres e homens; h) No respeito e fomento ao direito de todas as pessoas à liberdade de expressão, opinião e informação; i) Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações; e animados por uma atmosfera nacional e internacional que favoreça a paz. (Disponível em < <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>>. Acesso em 22 out. 2017).

a superar as dificuldades inerentes à ruptura conjugal ou a uma conjugalidade que sequer se estabeleceu.³⁶⁴

As Oficinas pretendem ser um programa educacional interdisciplinar para casais em fase de ruptura do relacionamento e com filhos crianças e adolescentes. Ela se apoia na literatura sobre os efeitos do divórcio e na importância de os pais e demais membros da família buscarem maneiras saudáveis de lidar com o término do casamento, bem como na experiência de outros países, como Canadá, Estados Unidos da América e Portugal, na execução de programas educacionais voltados às pessoas em fase de reorganização familiar. Os casais que conseguem lidar de forma positiva com a separação garantem aos filhos um ambiente acolhedor e favorecem que eles não apenas sobrevivam, mas amadureçam positivamente após o divórcio.³⁶⁵

Essa experiência estrangeira com as Oficinas de Parentalidade revela que se os pais são educados para melhor entender o processo legal, psicológico e social que eles enfrentam, a ruptura de seu relacionamento pode ser menos traumática para eles e para os respectivos filhos.³⁶⁶

³⁶⁴ BRASIL, Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça. Oficina de Pais e Filhos. Cartilha do Instrutor, 2013.

³⁶⁵ BRASIL, Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça. Oficina de Pais e Filhos. Cartilha do Instrutor, 2013.

Art. 9º REGULAMENTO PARA OS CURSOS DE FORMAÇÃO DE INSTRUTORES DAS OFICINAS DE DIVÓRCIO E PARENTALIDADE As Oficinas de Divórcio e Parentalidade a serem ministradas pelo instrutor em formação deverão observar as seguintes diretrizes: I - O público alvo da Oficina de Divórcio e Parentalidade são famílias em fase de reorganização familiar, motivada pela ruptura do relacionamento dos pais, com filhos menores, com ou sem processos judiciais. II – A Oficina de Divórcio e Parentalidade é composta pela Oficina de Pais e pela Oficina de Filhos, sendo esta composta pela Oficina dos Filhos Adolescentes (entre doze e dezoito anos de idade) e pela Oficina dos Filhos Crianças (entre seis e doze anos de idade, incompletos). III - A Oficina de Divórcio e Parentalidade a ser ministrada pelo instrutor em formação poderá compreender apenas a Oficina dos Pais ou apenas a Oficina dos Filhos, mas os filhos não poderão participar da Oficina dos Pais nem os pais poderão participar da Oficina dos Filhos. IV - A Oficina dos Filhos, principalmente a Oficina dos Filhos Crianças, deve ser executada preferencialmente com o auxílio de pessoas que tenham experiência em lidar com crianças, como psicólogos, assistentes sociais e pedagogos. V - O instrutor não deve dar conselhos pessoais ou jurídicos aos participantes da Oficina, já que esta consiste em um programa educacional e preventivo, não se prestando à orientação de casos específicos <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/01/a4c142887e7e067e86c974613f78c2a0.pdf>

³⁶⁶ Vanessa Aufiero da Rocha. "Oficinas de Parentalidade e Divórcio: como a nova política pública de prevenção e resolução de conflitos familiares, a educação parental, pode contribuir para a humanização da Justiça da Família e a estabilização e a pacificação das relações familiares

A aplicação da metodologia já é uma realidade desde a Recomendação n. 50 de 2014 do Conselho Nacional de Justiça nos Foros de todo o Brasil e, também, por meio de um curso *on line*³⁶⁷ no próprio site do Conselho e está baseado em cinco módulos: 1) A experiência da separação para os adultos; 2) A experiência da separação para seu filho; 3) Você, seu filho e seu par parental; 4) Alienação Parental Módulo e, por último, 5) Escolhas.

Verificamos nessa prática uma nova posição assumida pelo Poder Judiciário, antes resumida a análise fria da Lei – e na maioria das vezes carecedora de efetividade – para um local que permite a sua aplicação e da modificação da realidade daqueles que buscaram o poder estatal para decidir seus conflitos. A cogestão da vida da prole, seja decidida pelos envolvidos por meio das técnicas autocompositivas existentes ou de modo impositivo pelo magistrado, terá maior potencialidade de sucesso se aos adultos for proporcionado um espaço pedagógico para que compreendam suas novas funções igualitárias na vida dos filhos.

Em segundo plano, apesar da galopante “hemorragia legislativa” alertada desde há muito pelo professor Luiz Edson Fachin³⁶⁸, comungamos que uma nova alteração do Código Civil poderia ser realizada, ao ser inserido mais um parágrafo ao artigo 1.583 do diploma civil nos seguintes termos: “O compartilhamento da guarda não pressupõe divisão igualitária do tempo de convívio entre os genitores, nem sequer afasta a obrigação alimentar daquele que não detém a base de residência da prole”.

A alteração aqui provocada possui o escopo de dirimir as dúvidas que ainda persistem quanto à função do instituto da guarda compartilhada e, bem como, evitariam ações aventureiras frequentemente utilizadas com o objetivo de aplicação de guarda alternada, que é juridicamente impossível em nosso ordenamento jurídico e, na mesma esteira, serviria como freio nas demandas

³⁶⁷ Disponível em www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/cursos-abertos?view=course&id=18

³⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. Projeto do Código Civil: Direito de família, *Revista CEJ*, v. 3 n. 9 set./dez. 1999. Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>> Acesso em 02 out. 2017.

dos genitores que almejam o compartilhamento apenas com o equivocado intuito de diminuir sua participação financeira na vida dos filhos.

Além disso, visualizamos a necessária alteração dos prazos existentes na legislação trabalhista de afastamento dos genitores após o nascimento dos filhos, igualmente, como meio de efetivação de um novo ambiente de cogestão parental no Brasil. Isso porque, a regulação social do trabalho naturaliza a ideia da maternidade como destino feminino, reforçando a permanência de dois pressupostos predominantes na organização do trabalho brasileiro: o da existência de uma divisão sexual do trabalho não mercantil, que implica a existência de uma mulher responsável pelas pesadas tarefas do cuidado doméstico; e o do paradigma do 'trabalhador normal', que supõe um indivíduo do sexo masculino que não tem vida pessoal e que, portanto, deve ter disponibilidade total para o trabalho produtivo e nenhuma possibilidade ou necessidade de realizar qualquer tipo de trabalho, esforço ou dedicação no universo familiar.³⁶⁹

A legislação trabalhista, hodiernamente, trabalha com o prazo de licença-maternidade de cento e vinte dias, nos termos do artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho e, por outro lado, a licença-paternidade é de singelos cinco de dispensa. Destaca-se que tal prazo ocorre apenas desde 1988 quando a Constituição Federal em seu artigo 7º, XIX e 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, ampliou o período que até então era de apenas um dia, conforme estabelecia o artigo 473, III da CLT³⁷⁰.

³⁶⁹ PINHEIRO, Luana Pinheiro; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália Fontoura. Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 17(3): 312, setembro-dezembro/2009, p. 7.

³⁷⁰ Interessante é a notícia veiculada no Jornal O Globo, sobre a dificuldade de aprovação da licença paternidade pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988 "Licença-paternidade passa após lágrimas de Alcení": Sob clima de emoção, o plenário do Congresso constituinte aprovou ontem a emenda do deputado Alcení Guerra (PFL-PR) que cria a licença-paternidade de oito dias. Atualmente, o pai tem direito a apenas um dia de folga no trabalho, na semana do nascimento do filho, para o registro civil. A emenda de Alcení sempre foi alvo de brincadeiras, desde a fase das subcomissões do Congresso constituinte, mas ele reverteu a tendência do plenário, chegando a chorar no final de seu discurso. Assim que a emenda foi anunciada, após a aprovação da licença de 120 dias para as gestantes, diversos parlamentares começaram a rir e bater palmas. Diante desta reação, o presidente do Congresso constituinte, Ulysses Guimarães, disse, rindo, que a emenda nem precisava ser defendida (antes de cada votação há discursos a favor e contra), porque era evidente a aceitação do plenário. Em seguida, Ulysses,

Em março de 2016, por meio da Lei n. 13.257, que trouxe modificações significativas sobre as políticas públicas para a primeira infância e foi batizada como “Lei da primeira infância”, prorrogou os prazos das dispensas por nascimento de prole tanto para os pais quanto para as mães. Em troca de benefícios tributários às empresas, em todo território nacional, passaram a ter a opção de adesão ao Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade e, também, por quinze dias a duração da licença-paternidade.

Mesmo com o aumento do tempo, o que é uma ótima iniciativa, o prazo permanece flagrantemente desproporcional: são cento e oitenta dias para a mãe e apenas vinte dias para o pai.

Interessante destacar, no plano internacional, a Diretiva 2010/18 do Conselho da União Europeia, que estabeleceu um acordo-quadro sobre a licença parental período mínimo de quatro meses no intuito de promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres.³⁷¹

Aliás, na Suécia, pai e mãe dividem a licença de quatrocentos e oitenta dias, sendo que cada um é obrigado a tirar, de maneira alternada, no mínimo, noventa dias para cuidar do filho, podendo doar ao companheiro os dias restantes que não utilizar. Nos primeiros trezentos dias da licença, quem fica com o filho recebe 80% do salário, valor pago pelo Estado. Nos noventa dias restantes, recebe-se um pagamento fixo de 180 coroas suecas por dia (o equivalente a R\$ 80).

A Doutoranda em Ciência Política pela UFRGS e mestra em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) Marina Grandi Giongo, a partir de Agne Lundqvist, indica que a implementação de uma política familiar com base na “neutralidade de gênero”, chamada política

numa atitude rara, contou uma anedota do humorista Chico Anysio, segundo a qual "o dia do pai é precisamente nove meses antes do dia da mãe". Alceni subiu à tribuna e disse que estava "evidentemente amargurado com as chacota e os risos". Contou que o líder do PMDB no Congresso constituinte, Mário Covas (PMDBSP), deu uma gargalhada quando ele (Alceni) lhe pediu apoio à proposta. Houve silêncio absoluto e Alceni começou então a defender sua proposta. Data de publicação : 11/08/1988 Fonte : O Globo, Rio de Janeiro, p. 7, 11/08/ de 1988 (<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/106058>)

³⁷¹ Conselho da União Europeia. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:068:0013:0020:pt:PDF>>. Acesso em 02 out. 2017.

“*gender-neutral*”, foi introduzida em 1969 na Suécia pelo Partido Social-Democrata, na ocasião da votação do primeiro Relatório da Igualdade. Mais que uma questão restrita à mulher, o princípio da igualdade era uma bandeira ideológica defendida pelo movimento de trabalhadores como um todo. Assim, eram reivindicadas políticas sociais que incluíam moradia, educação, inclusão ao mercado de trabalho, políticas de proteção ao consumidor, e ampla proteção jurídica a todos os cidadãos (ãs). Segundo o relatório de 1969, o objetivo buscava construir uma sociedade sem classes, e para viabilizar um projeto dessa magnitude, as políticas de família deveriam abolir toda a dinâmica pautada na construção social de papéis típicos a cada gênero. Isso significa dizer que não apenas os papéis tradicionais atribuídos a homens e mulheres deveriam ser modificados, mas a mudança deveria englobar uma transfiguração dos próprios sentidos e significados de masculinidade e feminilidade.³⁷²

Além disso, o fato da Suécia incorporar há tantos anos o assunto na arena decisória política, bem como implementar à grade curricular de cursos universitários disciplinas vinculadas aos estudos de gênero, revela que a reflexão e o esclarecimento são os principais aliados no combate à desigualdade e discriminação entre homens e mulheres. Abordagens dessa natureza no Brasil seguramente viabilizariam novas perspectivas para a comunidade escolar, refletindo na sociedade como um todo: tal processo permitiria compreender as estruturas simbólicas de dominação e resistência³⁷³ em sua gênese, capacitando os indivíduos a posicionarem-se criticamente sobre as causas políticas, econômicas e sociais de fenômenos como discriminação de gênero e raça, xenofobia, etnocentrismo, homofobia, que ainda carregam consigo o peso do preconceito em condutas naturalizadas e aceitas culturalmente³⁷⁴.

A verdade é que, de uma vez por todas, estruturas igualitárias de afastamento do trabalho para ambos os genitores poderiam, em nosso juízo,

³⁷² GIONGO, M. G. O papel do estado na esfera familiar o sistema escandinavo de bem-estar social e políticas de regulação das famílias: o caso da Suécia 2014. Artigo submetido ao VI Congresso do Mercosul de Direito de Família, Porto Alegre, 2014.

³⁷³ Mais sobre esse tema, ver obra de BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. 158 p.

³⁷⁴ GIONGO, M. G. O papel do estado na esfera familiar o sistema escandinavo de bem-estar social e políticas de regulação das famílias: o caso da Suécia 2014. Artigo submetido ao VI Congresso do Mercosul de Direito de Família, Porto Alegre, 2014

contribuir com a modificação do pensamento social no sentido de que os cuidados da prole não dependem das questões de gênero. Ainda que, por óbvio, devemos considerar as particularidades da amamentação, o atual prazo previsto na lei brasileira impõe uma lógica do genitor como quase um “coadjuvante” na criação dos filhos.

Iniciativas como a modificação no artigo 473, incisos X e XI, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio da Lei da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), permitindo ao trabalhador até dois dias de dispensa ao trabalho para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira, bem como de um dia por ano para acompanhar filho de até seis anos em consulta médica, representam saltos qualitativos no percurso da coparentalidade mas, por certo, muito ainda temos a trilhar.

Retomando as iniciativas necessárias para a proteção integral das crianças e adolescentes e da efetivação do princípio da parentalidade responsável, para além do compartilhamento impositivo, temos, em terceiro plano, a necessidade de práticas no Poder Executivo.

Importante ressaltar que, atualmente, de acordo com as Assistentes Sociais Marta Silva Campos e Solange Maria Teixeira, a família assume centralidade para o desenvolvimento da política de assistência social, numa perspectiva contraditória, em que se oferece proteção e se reconhece a variedade de experiências familiares, mas em contrapartida continua-se com o reforço da responsabilização pela educação e criação dos filhos, sem os apoios devidos da sociedade, além da gestão de problemas que extrapolam sua capacidade. De maneira sutil, ou evidente, o modelo nuclear conjugal, como ideal de família, ainda preside o desenho de muitos programas sociais públicos e privados, dentro da orientação geral da política social brasileira, e fundamenta grande parte das orientações profissionais.³⁷⁵

³⁷⁵ CAMPOS, Marta Silva; TEIXEIRA, Solange Maria. Gênero, família e proteção social: as desigualdades fomentadas pela política social. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 20-28, jan. 2010. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802010000100003/12726>>. Acesso em: 24 set. 2017.

Nessa esteira, visualizamos a necessidade de que o Poder Executivo possa, por meio de políticas públicas de caráter permanente, implementar ações que se destinem à efetivação dos direitos das crianças e adolescente não apenas em relação à saúde e educação, mas também, para a garantia da igualdade parental como forma de garantia de seu desenvolvimento integral.

A expressão “políticas públicas” designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social³⁷⁶. É o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o “governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). Sua formulação constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real³⁷⁷.

Elas orientam a ação estatal, diminuindo os efeitos de um dos problemas constitutivos do regime democrático: a descontinuidade administrativa, decorrente da renovação periódica dos governantes. Dessa forma, a explicitação desse agir estatal indica aos cidadãos as intenções do governo em cada área, permitindo sua participação. O Estado deixa de ser uma “caixa preta” para a sociedade na medida em que as diretrizes governamentais são conhecidas, de modo que os cidadãos possam apoiá-las, acompanhar sua implementação ou opor-se a sua execução³⁷⁸.

A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz, e envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada nos governos, e não necessariamente se restrinja a participantes formais, já que os informais são também importantes. Ela é

³⁷⁶ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

³⁷⁷ SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007, p. 69

³⁷⁸ SCHIMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. t. 8.

abrangente e não se limita a leis e regras. Embora tenha impactos a curto prazo, é uma política de longo prazo³⁷⁹.

Em síntese, política pública é uma atividade, vale dizer, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado³⁸⁰. Dessa forma, a realização das atividades estatais se materializa por meio da atuação dos governantes, os quais adotam políticas públicas diversas para implementar as ações que julgam mais adequadas e oportunas, levando em conta os recursos econômicos, financeiros, humanos etc., de que dispõem, com a finalidade de obter resultados coletivos, em benefício da sociedade³⁸¹.

A viabilidade da proposta de política estatal com foco na igualdade parental reside no artigo 8º da Lei n. 13.257/2016 que, de modo incontestado, estabelece que o pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A implementação da política aqui preconizada poderá ser efetivada com coparticipação da sociedade seja executando as ações em parceria com o poder público, mas, principalmente, nos termos do artigo 12 da Lei n. 13.257/2016³⁸², promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano.

³⁷⁹ SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007, p. 80.

³⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. Estado, Políticas Públicas e Projeto Democrático. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, v. 2, p. 15, 2000.

³⁸¹ MACHADO, Aquidaban F. Políticas públicas no Estado de Bem-Estar Social e no neoliberalismo. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, n. 20, p. 74, jul./dez. 2003.

³⁸² Art. 12 da Lei n. 13.257/2016: A sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, nos termos do caput e do § 7º do art. 227, combinado com o inciso II do art. 204 da Constituição Federal, entre outras formas: III - executando ações diretamente ou em parceria com o poder público;

IV - desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado;

V - criando, apoiando e participando de redes de proteção e cuidado à criança nas comunidades;

VI - promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano.

A mesma legislação, em seu artigo 14 § 3º, estabelece como norte que as gestantes e as famílias com crianças deverão receber orientação e formação, entre outros temas, sobre maternidade e paternidade responsáveis, “com o intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância”.

Por último, até como uma forma preventiva da aplicação compulsória do compartilhamento da guarda e em complementação às políticas públicas anteriormente mencionadas, visualizamos a necessidade de campanhas de esclarecimento nos veículos de imprensa.

Nesse sentido, a Lei da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) inseriu ao Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo 265-A que obriga ao poder público o dever de ampla divulgação periódica dos direitos da criança e do adolescente nos meios de comunicação social. De acordo com o parágrafo único do artigo em questão, a divulgação será veiculada em linguagem clara, compreensível e adequada a crianças e adolescentes, especialmente às crianças com idade inferior a seis anos.

Ao considerarmos a realidade contemporânea em relação à quantidade de tempo em que a grande maioria das crianças têm acesso à comunicação – seja por meio dos canais de televisão aberta, seja aos canais infantis de televisão fechada, os serviços de *streaming* (como o Netflix) e, bem como, aos canais de internet para o público infantil – visualiza-se nesse espaço um locus privilegiado de atuação.

Cita-se, como exemplo de prática elaborada com foco de alcance às crianças, o gibi elaborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, usado como material de apoio das Oficinas de Parentalidade do Conselho Nacional de Justiça anteriormente mencionadas, intitulado como “Turminha do Enzo: meus pais não moram mais juntos. E agora?”.³⁸³ No decorrer da história, o personagem auxilia a explicar aos leitores as mudanças proporcionadas pela

³⁸³ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/88234c899e9f82d4cf4de5fd08b5e34c.pdf>>. Acesso em 08 out. 2017.

ruptura conjugal dos adultos e, em consequência, na rotina dos filhos após o divórcio ou dissolução de união estável.

Ressaltamos que as ações, nos quatro campos que foram propostos, não são excludentes entre si mas, na verdade, são medidas que – juntamente com o compartilhamento em caráter impositivo nas demandas litigiosas enquanto previsão legislativa – almejam atingir uma mudança do olhar e da prática social em relação aos cuidados parentais após a ruptura de relações afetivas com filhos.

Ao iniciarmos o presente capítulo, nos reportamos a expressão corriqueira de que a guarda compartilhada em casos belicosos seria “difícil na prática” e, a partir da realidade dos dados de supremacia da unilateralidade, pudemos estabelecer que a guarda compartilhada tem em sua aplicação uma série de características transformadoras que vão além da sua determinação em sentença.

Em primeira ótica, tendo em vista a alienação parental como realidade presente nas dissoluções conjugais, o compartilhamento pode representar um meio profilático de sua não concretização, mas também, poderá servir como meio de controle de eventual exercício abusivo do direito de guarda que, infelizmente, a guarda unilateral acaba legitimando.

Em seguida, pudemos constatar que o Judiciário pode representar um papel efetivo na mudança da realidade da prole haja vista que, a partir do compartilhamento de guarda em caráter coativo, poderemos ter a cogestão parental, através da qual, um os filhos poderão contar com a presença e as diretrizes de não apenas um mas, na verdade, de ambos os genitores.

Posteriormente, visualizamos que o exercício da cogestão parental apresentaria também um caráter modificativo do senso comum presente na sociedade como um todo mas, principalmente, na lógica daqueles que laboram frente aos conflitos familiares, independente da sua formação originária. O rompimento do viés de que o gênero feminino é o fator determinante do cuidado e, além disso, afasta um ranqueamento entre os pais.

Ademais, possuindo como norte os direitos e garantias fundamentais daqueles que possuem proteção integral em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, as crianças e adolescentes, o compartilhamento da guarda implica em atendimento ao princípio da parentalidade responsável e da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes.

Considerando que a realidade vivencial nunca é aquela desejada e representada pelos contos de fadas que encerram com a promessa de que todos “viveram felizes para sempre...”, apresentamos, em última proposta, as ferramentas necessárias para a manutenção de um ambiente igualitário, indo além da intervenção coativa no espaço privado.

Nenhuma resposta é absoluta e nenhuma tese é suficiente a apresentar as respostas ao complexo tema dos cuidados parentais, principalmente frente às mudanças ocorridas após o divórcio ou dissolução de união estável, mas, em nosso sentir, ausente o cuidado por parte daqueles que deveriam pensar no bem estar de seus filhos, o Poder Judiciário não pode ser omissos e, nem mesmo, desconsiderar uma importante alteração legislativa baseado em premissas ultrapassadas e carregadas de estereótipos de gênero. Afinal, nas palavras de Belchior, o “passado é uma roupa que não nos serve mais³⁸⁴”.

³⁸⁴ Velha Roupa Colorida, Belchior

4. Considerações Finais

A presente pesquisa pode constatar que, no percurso das legislações até pouco tempo vigentes no Brasil, existiu um arcabouço positivado de dominação do gênero masculino em relação ao feminino. As novas funções da mulher na sociedade representaram, no seio familiar, em uma necessária ruptura do *status quo* para uma realidade democrática e igualitária entre os cônjuges e companheiros.

Em um espaço horizontal, não abarcando a lógica verticalizada de outrora, a busca pela felicidade passou a ser a ótica da família contemporânea onde a manutenção dos relacionamentos somente se justifica pela satisfação afetiva e, não mais, pela indissolubilidade imposta pelo Estado.

Nessa toada, tendo a dissolução conjugal ou convivencial a necessidade de ajustes não apenas na esfera patrimonial, naquelas relações onde se faz presente a prole criança e adolescente, mesmo sem qualquer modificação nos direitos inerentes ao poder familiar, a definição da gestão dos cuidados, tempo de convívio e garantia da subsistência é uma provocação recorrente ao Poder Judiciário frente à incapacidade de que os genitores a construam de forma autônoma.

O exercício da guarda dos filhos após a ruptura relacional dos pais é, desde há muito, atribuída de forma unilateral às mães, seja porque essa modalidade era a única via possibilitada pela legislação e, também, pela estrutura machista e conservadora – ainda presente – que atribui à questão de gênero as aptidões para o cuidado.

A possibilidade de cogestão parental existe, de forma legislada, desde 2008 e, mesmo assim, os dados apresentados na presente tese são alarmantes frente à ineficácia daquilo que foi preconizado pelo legislador. Nem mesmo a nova alteração prevista, em 2014, representou em mudanças nesse quadro que, como visto, retratam a visão de profissionais do Direito, Serviço Social e Psicologia, atrelados a um senso comum, moralizante e responsável pela manutenção da mesma lógica existente durante a vigência do Código Civil de 1916, do papel dos pais na vida dos filhos.

O compartilhamento da guarda enquanto regra geral e, em consequência, a unilateralidade ser a via restritiva possibilita um novo paradigma nas dissoluções afetivas, principalmente, em razão de que a sua aplicação não mais depende do consenso entre os genitores. Justamente nessa linha é que se destaca a provocação da presente tese: a guarda compartilhada como forma de cogestão parental: avanços, desafios e contradições.

Primeiramente, não há dúvidas que as alterações no Código Civil, provocadas pelas Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, representaram essencial papel transformativo no modo de cogestão parental. Por outro lado, no cotidiano das famílias, o exercício do compartilhamento é um desafio constante, principalmente, frente a usual confusão terminológica com o instituto da guarda alternada.

Nessa linha, ressalta-se, igualmente, a contradição dos dados apresentados na presente tese que, na prática, a guarda compartilhada não tem sido a via preferencial, em dissonância com o que se encontra legislado.

Ademais, considerando o papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos existentes na sociedade e, bem como, a verdadeira dependência social dessa intervenção na esfera privada, o espaço estatal deve ser norteado pela proteção da prole e não na legitimação da autoridade de um dos genitores em detrimento de outro.

Frente à incapacidade dos adultos da tomada de bom senso, em razão dos sentimentos envolvidos na ruptura conjugal, o agir impositivo do juiz, seja de ofício ou por provocação do Ministério Público, a aplicação compulsória da guarda compartilhada poderia ser, conforme prevê a Lei, aplicada nas ações litigiosas, principalmente, para que os princípios norteadores daqueles que devem ser objeto de proteção em Juízo sejam aplicados.

A base de residência dos filhos, ou seja, com quem o filho irá morar será determinada com o trabalho do serviço social e da psicologia, por meio dos peritos e assistentes técnicos, servindo como a razão, os olhos e o tato que as carreiras jurídicas, em sua objetividade e pensamento binário – ou isto ou aquilo –, não possuem.

Uma das consequências da prática coativa do compartilhamento é, também, a desconstrução do senso moral construído na sociabilidade burguesa de que as atividades que derivam do ato de cuidar são como exclusivas e constitutivas da condição feminina.

A família na contemporaneidade desenha-se como um espaço democrático e igualitário em suas diversas facetas e permeia, inclusive, a lógica de cuidado parental.

Visualiza-se, na sociedade brasileira, que a mudança de comportamento em muito ocorre a partir das legislações. Foi assim com o preconceito racial (Lei 7.716/1989) e, até mesmo com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Em relação a última, entre outras modificações, houve uma nova consciência difundida de que a agressão contra a mulher não se transforma em mero pagamento de cestas básicas.

Dessa forma, entendemos que a aplicação da guarda compartilhada enquanto premissa geral poderia representar, como forma de provocação a médio prazo, modificação no pensamento daqueles que enfrentarem dissoluções de relacionamentos afetivos.

A mudança da racionalidade diminuirá o discurso ambivalente, que oscila entre ele(a) “não me ajuda em nada” e, entre outros o de “eu não confio nele(a)”. Ajuda e confiança, por certo, já foram fatores presentes nessa relação e, por algum motivo, foram quebrados. O compartilhamento da guarda tem o condão de criar um espaço fértil para seu restabelecimento em um espaço em que ganham todos, principalmente, os filhos.

A compulsoriedade prevista em Lei, ao fim e ao cabo, poderia permitir a efetivação daquilo que se encontra legislado uma vez que os dados existentes são de flagrante desconsideração do que se encontra previsto. À luz dos dados existentes, verifica-se uma prática dos tribunais ainda refratária às alterações legislativas apresentadas pelas leis 11.698/2008 e 13.058/2014. Tais dados denotam que tanto as partes, seus representantes, os Promotores e os Juízes encontram-se presos a uma lógica ultrapassada, invariavelmente limitada ao senso comum.

Com a desconstrução do que Warat denominou como hábitos semiológicos de referência (senso comum teórico) ou a voz “*off*” do direito, daremos um passo significativo no pensamento conservador e o moralizante ainda vigente, afastando-se a lógica vigente dos cuidados parentais limitados à figura da mulher e, bem como possibilitar um ambiente em que a figura de coparentalidade se faça presente, mesmo após a ruptura relacional dos genitores.

Ao depois, ainda vivenciando uma lógica de supremacia da unilateralidade – como pudemos constatar pelos dados disponíveis – onde são constantes os reclames femininos em relação ao sobrecarregamento às mães quanto aos cuidados com a prole, verifica-se com a guarda compartilhada uma via de cogestão parental, atendendo aos interesses também das mulheres.

Outrossim, a compulsoriedade do compartilhamento também poderia ser meio eficaz de efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Sua positivação no artigo 227 da Constituição Federal de 1988³⁸⁵, na mesma esteira do que já previa a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, impõe sua observação em toda e qualquer ação que diga respeito aos direitos infanto-juvenis.

Nessa mesma esteira, importante consignar a alteração realizada no Estatuto da Criança e do Adolescente – microssistema jurídico responsável pela efetivação da doutrina da proteção integral – pela Lei da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) ao inserir um parágrafo único ao artigo 22, consignando que a mãe e o pai têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas.

Assim, o compartilhamento da guarda, mesmo em situações de litígio, representa uma efetivação da doutrina da proteção integral haja vista que o filho,

³⁸⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

independentemente da situação conjugal dos pais, tem o direito de que ambos estejam enquanto corresponsáveis pela sua vida.

Necessário também a análise da aplicabilidade da guarda compartilhada frente ao fenômeno do pluralismo das entidades familiares. A proteção contemporânea a novas formas de família, independentemente de orientação sexual ou número de componentes, onde a escolha da filiação é realidade presente, a aplicação da guarda necessita ser repensada de maneira distante ao pensamento conservador. Situações como a guarda de filhos decorrentes de uma relação entre dois homens ou, até mesmo, uma prole decorrente de uma união poliafetiva, a partir de mais de três integrantes independente de gêneros, são questões que desafiam e desafiarão cada vez mais os profissionais de carreira jurídica. Nessas novas realidades, em demandas já presentes no Judiciário, a visão binária de gênero não permitirá a solução adequada da questão.

Sobre isso, importante referir o paralelo traçado por Anthony Giddens entre os relacionamentos humanos e a política democrática. “Numa democracia, todos são iguais em princípio, e com a igualdade de direitos e de responsabilidades vem – pelo menos em princípio – o respeito mútuo.” Os sistemas democráticos procuram substituir o poder autoritário, ou o poder sedimentado da tradição, pela discussão aberta das questões. A democracia é solapada se ceder ao autoritarismo ou à violência. Em sua análise, o autor defende a necessidade de uma “democracia das emoções na vida cotidiana”. Um bom relacionamento é o que se estabelece entre iguais, em que cada parte tem iguais direitos e obrigações. Assim, cada pessoa tem respeito pela outra e deseja o melhor para ela. O relacionamento puro, como quer Giddens, é baseado na comunidade, de tal modo que compreender o ponto de vista da outra pessoa é fundamental. Um bom relacionamento é aquele isento de poder arbitrário, coerção e violência.³⁸⁶

Ainda, para o autor, o bom relacionamento é um ideal, mas, o que nem precisaria dizer, a maioria dos relacionamentos comuns nem sequer se

³⁸⁶ GIDDENS, Anthony. *O mundo em descontrole*. Tradução de Maria Luiza Z. de Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 70.

aproxima dele. Giddens não sugere que nossas relações com cônjuges, filhos e amigos não sejam com frequência confusas, conflituosas e insatisfatórias. Mas os princípios da “democracia são também ideais, e também eles se encontram com frequência a uma distância bastante grande da realidade”.³⁸⁷ Mesmo assim, indo além da reflexão promovida, apesar de turbulenta, poucos preferem um regime ditatorial a uma prática democrática.

Assim, tal qual lutamos por décadas para afastarmos uma lógica arbitrária na gestão da vida política, não há como coadunarmos com uma visão despótica dos cuidados da prole.

Os filhos aprendem, verdadeiramente, muito mais baseados na prática do que no discurso. Dessa forma, o compartilhamento representa também uma forma pedagógica à prole de como lidar com as diferenças.

Por óbvio que, embora almejada enquanto possibilitadora da proteção integral das crianças e adolescentes e, também, enquanto via de aplicação do princípio da parentalidade responsável, o compartilhamento impositivo é um dos meios de efetivação de tais garantias, mas que, em nossa visão, ainda prescindem de outras atitudes em, pelo menos, quatro planos, quais sejam, no Judiciário, no Poder Legislativo, no Poder Executivo e, por último, nos veículos de imprensa.

Mais do que provocar um novo olhar quanto à aplicação do instituto do compartilhamento da guarda, principalmente, quando ela existirá de forma compelida, a conclusão da presente tese permite a seu protagonista a certeza, em primeiro plano, da pertinência do desafio de aliançar um discurso interdisciplinar a uma prática verdadeiramente de interligação entre as ciências que fundamentam seu agir profissional na advocacia especializada em família e sucessões.

Em segunda ótica, o levantamento bibliográfico e estatístico realizados reafirmaram os pressupostos iniciais, ainda naquele momento

³⁸⁷ Ibid, p. 71.

intuitivos, reforçam a importância do compartilhamento da guarda como possibilidade de uma maior igualdade parental e de ruptura de paradigmas.

Por último, apesar das proposições realizadas na parte final da tese, enquanto meio de manutenção de espaços igualitários de corresponsabilidade parental, a chegada ao presente estágio instiga a continuidade da pesquisa, complementada nesse novo momento com o trabalho empírico, almejando a vivência prática para além de seu agir profissional de caráter usual.

Segundo Rubem Alves, “as palavras só têm sentido se nos ajudam a ver o mundo melhor. Aprendemos palavras para melhorar os olhos”.³⁸⁸ Assim, cada frase da presente pesquisa, cada noite mal dormida, todo momento renunciado em prol de sua realização, somente pode ter sentido se puder auxiliar a mudança do olhar e, não apenas isso, da capacidade de agir com maior propriedade e com a certeza de que os direitos daqueles que ainda não possuem oportunidades de fala e escolha estejam protegidos.

³⁸⁸ ALVES, Rubem. *300 pílulas de sabedoria*. Rio de Janeiro: Planeta, 2015, p. 73.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Clara; VEIGA, Alinne. Domesticidade, trabalho e satisfação pessoal: horas no trabalho doméstico e bem-estar no Estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº18. Brasília, set. – dez. 2015, p. 179-209

AREND, Sílvia Maria Fávero. Paradoxos do direito de família no Brasil. (Uma análise à luz da História Social da Família. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006, p. 105.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARIÈS, Philippe. A família e a cidade. In: FIGUEIRA, Servulo Augusto; VELHO, Gilberto. *Família, psicologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Campus, 1981.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 71, abr./maio 2012, p. 88.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A ética nos processos desgastados pelo litígio. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006, p. 532.

BADINTER, Elisabeth. *XY: sobre a identidade masculina*. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BALANCHO, Leonor Segurado. *Ser Pai Hoje - A Paternidade em toda a sua Relevância e Grandeza*. Curitiba: Juruá, 2012.

BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle; NAZARETH, Eliana Riberti. *Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão*

das demandas judiciais no direito de família – a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, p. 31, out./dez. 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. Matrimônio e patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 8, jan.-mar. 2001.

BATISTA, Thais Tononi. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 129, p. 326-342, maio/ago. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahhar, 2004.

BEE, Helen. *O ciclo vital*. Tradução de Regina Garcez. Porto Alegre: Artmed, 1997.

BOCCA, Andrea Maurien. Questão social, políticas públicas e Serviço Social judiciário: a judicialização do Direito. In: PIZZOL, Alcebir Dal (org.) *O Serviço Social no Poder Judiciário de Santa Catarina: caderno II*. Florianópolis: TJSC, 2012, p. 42-63.

BOFF, Leonardo. *Princípio de compaixão e cuidado*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Considerações acerca da jurisdicização constitucional da família. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 9-10, jan./dez. 1998.

BOUDON, Raymond; BOURRUCAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. Tradução de Letícia Guedes Alcoforado e Duarval Ártico. São Paulo: Ática, 1993.

BOULOS, Katia. Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theo-dureto de Almeida. *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

BOWLBY, John. *Apego e perda - Separação: angústia e raiva*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2. v.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006, p. 297.

BREITMANN, Stella Galbinski; STREY, Marlene Neves. Gênero e mediação familiar: Uma interface teórica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 36, jun./jul. 2006.

BRITO, Leila Maria Torraca. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 360.

BRUNO, Denise Duarte. Intimidade e racionalidade: a inter-relação da família com o Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM / Lumen Juris, 2008, p. 90).

BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Tradução do alemão, introdução e notas por Newton Aquiles Von Zuben. 10. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

BUENO, Rovana Kinas; BOSSADI, Carina Nunes Bossardi; VIEIRA, Mauro Luís. Papel do pai no contexto contemporâneo. In: GOETZ, Everley Rosane; _____. (org.) *Novo Pai - Percursos, Desafios e Possibilidades*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 109.

BULLA, Leonia Capaverde. O contexto histórico da implantação do Serviço Social no Rio Grande do Sul. *Revista Textos & Contextos Porto Alegre* v. 7 n. 1 p. 3-22. jan./jun. 2008.

BUNAZAR, Maurício. Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 59, p. 63-73, abr-mai, 2010, p. 69.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. Rio de Janeiro: Publit, 2014.

CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio*. Rio de Janeiro: São José, 1973.

CARPINEJAR, Fabrício. *Canalha!* Rio de Janeiro: Bertrand, 2008.

_____. *O amor esquece de começar*. 2. ed. São Paulo: Betrand, 2006.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Direito de família: Direito Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Divórcio e separação jurídica: judicial e administrativo de acordo com a EC 66/2010*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2007.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade Responsável*. Curitiba: Juruá Editora.

CORSO, Diana Lichtenstein; CORSO, Mário. *A psicanálise na terra do nunca: ensaio sobre a fantasia*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

_____; _____. *Fadas no divã*. Porto Alegre: Artmed, 2006.

COSTA, Gley P. *O amor e seus labirintos*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Os limites da obrigação alimentar dos avós*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. A guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança. In: LEAL, Rogério Gesta. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 719-770. t. 3.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CUENCA, José Manuel Aguilár. *Síndrome de alienação parental: filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*. Coimbra: Caleidoscópio, 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Delatorre, M. Z., Scheeren, P., & Wagner, A. (2017). Conflito conjugal: evidências de validade de uma escala de resolução de conflitos em casais do sul do Brasil. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 35(1), 79-94. doi: [http:// dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.374](http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.374)

DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 69, n. 539, p. 20-24, set. 1980.

DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 34. v. 3

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da 'privatização' da família no projeto do Estado Mínimo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

_____. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIA, José Eduardo. O Modelo liberal de Direito e Estado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 31.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades polêmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 152.

_____. *Curso de direito civil: famílias* / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 8. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

- _____. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infantojuvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*, Belém, v. 1, dez. 2010.
- FÁVERO, Eunice Teresinha. O estudo social – fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária. In: CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL (org.) *O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: debates atuais no judiciário, no penitenciário e na previdência social*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 36.
- _____; MELÃO, Magda Jorge Ribeiro; JORGE, Maria Rachel Tolosa. *O serviço social e a psicologia no Judiciário: construindo saberes, conquistando direitos*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2015.
- FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea Seixas. A parentalidade nas múltiplas configurações familiares contemporâneas. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos Moreira; RABINOVICH, Elaine Pedreira, *Família e Parentalidade - Olhares da Psicologia e da História*. Curitiba: Juruá, p. 117
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, edição eletrônica, 2008.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A síndrome da alienação parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. *O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM, 2014, p. 70.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- FERREIRA-CEZAR, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época de globalização*. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- FILHO, Waldyr Grisard. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FIUZA, César Augusto de Castro. Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000.
- FONSECA, Claudia. O casamento revisitado: afetos em diálogo com a lei. In: SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: VoxLegem, 2006, p. 48.

FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*: comentários à lei 11.698 de 13 de junho de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FREITAS, Viviane Gonçalves. Mulheres, Mulherio e família: críticas, direitos e novas perspectivas no Brasil dos anos 1980 186 *GÊNERO | Niterói | v.16 | n.1 | p. 179 - 201 | 2.sem. 2015* surgiram no Brasil.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAUDENCIO, Paulo. *Minhas razões, tuas razões: a origem do desamor*. São Paulo: Gente, 1994.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>> . Acesso em: 22. out. 2017

GIDDENS, Antont. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: EdUNESP. 1993.

GIMENEZ, Angela. A guarda compartilhada e a igualdade parental. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/Noticias/37024#.VJyZNI4Dpg>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

GIDDENS, Anthony. *O mundo em descontrole*. Tradução de Maria Luiza Z. de Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA - IDEF. **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001, p.132.

_____. *Direito de Família Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Notas sobre a guarda compartilhada. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 61, ago./set. 2010.

_____. Os arranjos plurais e seus efeitos jurídicos. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 62, p. 121-131, out-nov, 2010, p. 130.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.50.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GORCZEWSKI, Clovis. Soluções alternativas de conflitos para uma nova cultura cidadã. *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n.21, p. 154, jan./jul. 2004.

GOUVEIA, Débora Consoni. A autoridade parental nas famílias reconstituídas. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, v. 13, n. 67, ago-set. 2011.

67, ago-set. 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171.

_____. Mediação interdisciplinar – um novo paradigma. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 40, p. 158, fev./mar. 2007.

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

GUEDES, Olegna de Souza; DAROS, Michelli Aparecida Daros. O cuidado como atribuição feminina: contribuições para um debate ético. *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 12, n.1, p. 122-134, jul/dez. 2009.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 1, p. 8, abr-mai. 1999.

_____. “Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos”. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Leituras complementares de Direito Civil: Direito das Famílias*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 212.

_____. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 431.

_____. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, IBDFAM, Porto Alegre, v. 1, n., p. 11, abr./jun. 1999.

IAMAMOTO, Marilda. *O Serviço Social na Contemporaneidade: Trabalho e Formação Profissional*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Serviço social em tempo de capital feitiço*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

IBIAS, Delma Silveira. Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA - IDEF. *Homossexualidade*. Discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001, p.78.

_____. Famílias simultâneas e efeitos patrimoniais. In: SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. (org.) *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: IBDFAM, 2011, p. 197.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/17122003registrocivilhtml.shtm#sub_pesquisas>. Acesso em 17 jul. 2017.

JÚNIOR, Luiz Carlos de Assis. A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada. *Revista IOB de*

Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 59, p. 16-31, abr-mai, 2010, p. 26.

Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2017.

Kurdek, L. A. (1994a). Conflict resolution styles in gay, lesbian, heterosexual nonparent, and heterosexual parent couples. *Journal of Marriage and the Family*, 56(3), 705-722. doi: 10.2307/352880 *op. cit.* Delatorre, M. Z., Scheeren, P., & Wagner, A. (2017).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. In; ALVIM, Teresa Arruda (coord). p. 53

_____. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. Comentários à lei 13.058, de 22.12.2014 - dita, nova lei da guarda compartilhada. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, vol. 3/2015, p. 77 – 94, abr – mai. 2015.

LEV, Renata. Equipe reflexiva interdisciplinar e o atendimento do advogado de Direito de Família. In: MUSZKAT, Malvina Ester. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003, p. 78.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Ana Cristina Quint de; ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. *Adoção por casal homoafetivo*. Florianópolis: Vox Legem, 2012.

LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução à antropologia*. Tradução de Lavínia Vilela. 12. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 176.

LISBOA, Teresa Kleba Lisboa. Gênero, feminismo e Serviço Social – encontros e desencontros ao longo da história da profissão. *Rev. Katál. Florianópolis* v. 13 n. 1 p. 66-75 jan./jun. 2010, p. 71.

LÔBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006, v. 78.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do poder familiar. *Revista Síntese de Direito de Família*, São Paulo, n. 67, ago./set. 2011.

_____. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 142, jun.-jul. 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.12, jan./fev. 2002).

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOHN, Reinaldo Lindolfo; MACHADO, Vanderlei. Gênero e imagem: relações de gênero através das imagens dos livros didáticos de história. *Revista Gênero, Niterói*, v. 4, n. 2. p. 119-134, 2. sem. 2004, p. 122.

LOPES, Maria Luiza Coelho de Souza Prado. "Arranjos de dormir" pós-separação conjugal. In: BRITO, Leila Maria Torraca de. (org.) *Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: edUERJ, 2008. p. 145.

LUCENA, Renata Valéria. OS AFETOS PROIBIDOS: OS RAPTOS E AS RELAÇÕES DE GÊNERO NO RECIFE OITOCENTISTA (1860-1890) GÊNERO | Niterói | v.17 | n.1 | p. 171 - 189 | 2.sem. 2016.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Guarda compartilhada. In: IBIAS, Delma Silveira. (coord.) *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra&Vida, 2012, p. 116.

_____. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento, término e reconstrução: o que acontece antes, durante e depois da separação*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Casamento: término e reconstrução*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINELLI, L. (Org.). O uso das abordagens qualitativas na pesquisa em Serviço Social: um instigante desafio. São Paulo: Veras: 1994. (Caderno do Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Identidade - Nepi, n. 1)

MARTINELLI, Maria Lucia. *Serviço social: identidade e alienação*. São Paulo: Cortez, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 45.

MELILLO, Vicente de Paulo. *Em defesa das famílias: coletânea de pareceres jurídicos*. São Paulo: Herder, 1962.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILLARD, Eric. *Famille et Droit Public*. Paris: LGDJ, 1995, p. 397, apud GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIOTO, Regina Célia Tamaso. Trabalho com Famílias: um desafio para os Assistentes Sociais. Revista Virtual Textos & Contextos, n. 3, dez. 2004.

_____. Família e Serviço Social: contribuições para o debate. In: Serviço Social e Sociedade. n.º 55, São Paulo: Cortez, 1997.

_____. Família, trabalho com famílias e Serviço Social. SERV. SOC. REV., LONDRINA, V. 12, N.2, p. 163-176, JAN./JUN. 2010, p. 168

MOLINARI, Fernanda. *Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MONTAÑO, Carlos. *Alienação parental e guarda compartilhada*. Um desafio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 46.

_____. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 594.

NAZARETH, Eliana Riberth. Guarda ou responsabilidade parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não-dito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Rodrigo Santos. Filiação, afeto e o padrasto: como tutelá-los. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 69, p. 24-42, dez-jan, 2012, p. 25.

Olegna de Souza Guedes; Michelli Aparecida Daros. O cuidado como atribuição feminina: contribuições para um debate ético. SERV. SOC. REV., LONDRINA, V. 12, N.1, JUL/DEZ. 2009

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Os operadores do direito frente às questões da parentalidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 20, out.-nov. 2003.

_____. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de família e o novo Código Civil*. 3 ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OTERO, Marcelo Truzzi. Releitura do direito sucessório a partir da perspectiva existencial. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios. Porto Alegre: -IBDFAM-RS, 2014, p. 276.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público / privado. Tradução de Verso Tradutores do original 'Teminist critiques of the

public/private dichotomy". The disorder of women. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1844681/mod_resource/content/0/Pateman%20C%20C_Cr%C3%ADticas%20feministas%20%C3%A0%20dicotomia%20p%C3%ABlico-privado.pdf>. Acesso em 31. Jul. 2017.

PENTEADO, Jaques de Camargo. A família e a justiça penal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 362.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Direitos da criança e do adolescente em face da TV. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: 2004, v. 5.

PEREIRA, Helena Bonito Couto. *Dicionário espanhol-português Michaelis*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional n. 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio - O Direito Intertemporal. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: IBDFAM/Magister, n. 17, ago-set. 2010.

_____. A nova organização jurídica das famílias. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.) *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM, 2012. p. 28.

_____. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Divórcio: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 16, jan.-mar. 2003.

_____. Indenização por abandono afetivo e material. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 25, dez./jan. 2012.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAGO, Elisabeth Juliska. Higiene, feminismo e moral sexual. *Revista Gênero, Niterói*, v. 6., n. 1. p. 105-107, 2. sem. 2005, p. 107

RAGO, Margareth. Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 66.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. A homossexualidade no direito brasileiro e americano. São Paulo: RT, 2002.

RIFIOTIS, Theophilos. Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a 'violência conjugal' e a 'violência intrafamiliar'. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 225-236, jan. 2008. ISSN 1982-0259. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-4980200800020_0008>. Acesso em: 21 out. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Nova Lei da guarda compartilhada*, Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

_____; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & direito das famílias*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROULAND, Nobert. *Nos confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, jul./set. 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 26, out./nov. 2004.

SAFFIOT, Heleieth I.B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu*, Campinas, 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332001000100007>. Acesso em 31 jul. 2017.

SANTOS, Andréia Mendes dos; GROSSI, Patricia Krieger. Infância comprada: hábitos de consumo na sociedade contemporânea. *Revista Textos & Contextos Porto Alegre* v. 6 n. 2 p. 443-454. jul./dez. 2007, p. 448.

SANTOS, Josilaine Gonçalves; MORAES, Letícia de; MENEZES, Letícia Vargas. Ogros não vivem felizes para sempre: um debate sobre relacionamentos idealizados. In: BRITO, Leila Maria Torraca de. (org.)

Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica. Rio de Janeiro: edUERJ, 2008. p. 268.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Processo como forma de manutenção do vínculo. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (coord). *Direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 73.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARTI, C. A.O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista de Estudos Feministas*, v. 12, n. 2, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SIERRA, Vânia Morales. *Família: teorias e debates*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015.

SILVA, Daniel Alt Silva da. A vigência da Lei n. 12.318/2010: uma providência a garantir o direito fundamental à convivência familiar. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. *O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios*. Porto Alegre: IBDFAM-RS, 2014.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983. p. 124.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set.2012.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Mediação em Direito de Família - um recurso além da semântica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 27, dez./jan. 2005.

SOUZA, Jumara Toledo Pennacchi Souza; MIRANDA, Vera Regina. Dissolução da conjugalidade e guardacompartilhada. in: CARVALHO, Maria Cristina Neiva de; _____. *Psicologia Jurídica - Temas de Aplicação I*. Curitiba: Juruá, p. 207.

SOUZA. Rachel Pacheco Ribeiro de; Terezinha Feres; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do guardião. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. Patriarcado e capitalismo: uma relação simbiótica. *Temporalis*, Brasília (DF), ano 15, n. 30, jul./dez. 2015

SPENGLER, Fabiana Marion. A desinstitucionalização da família e a prática da mediação familiar no Brasil. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. 1 ed. São Paulo: RT, 2009, v. 1, p. 282.

_____. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância?

In: _____.; LUCAS, Douglas Cesar. (org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 44.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEJADAS, Silva. O sistema de justiça e família: entre a tutela, a punição e a garantia de direitos. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho (coord). *Parentalidade - Análise Psicojurídica*. Curitiba: Juruá, p. 241.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares, In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 50.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309.

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Tradução de Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 14.

_____; SILVA, Clódís Rocha da. A inscrição do devedor de alimentos no cadastro de proteção ao crédito como forma de concretizar o princípio da dignidade humana. In: IBIAS, Delma Silveira. *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra&Vida, 2012, p. 154.

TRINDADE, Jorge Trindade. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

WAGNER, Adriana. Possibilidades e potencialidades da família: a construção de novos arranjos a partir do recasamento. In: _____. (coord). *Família em cena: tramas, dramas e transformações*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 26.

_____; LEVANDOWSKI, Daniela Centenaro. Sentir-se bem em família: um desafio frente à diversidade. *Revista Textos & Contextos Porto Alegre* v. 7 n. 1 p. 88-97. jan./jun. 2008, p. 94.

WANDALSEN, Kristina Yassuko Iha Kian. *Direito e psicologia: um diálogo necessário em direção à justiça nos conflitos familiares*. Dissertação de mestrado apresentada na PUCSP. São Paulo, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis : Habitus, 2001.

_____. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WELTER, I. et al. Gênero, maternidade e deficiência: representação da diversidade. *Revista Textos & Contextos* Porto Alegre v. 7 n. 1 p. 98-119. jan./jun. 2008, p. 101.

WÜNSCH, Paulo Roberto; REIS, Carlos Nelson dos Reis. O trabalho e o Minotauro: as constantes metamorfoses de um conflito permanente. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 7-14, jan./jun. 2010

ZIMERMAN, David E. *Etimologia de termos psicanalíticos*. Porto Alegre: Artmed, 2012.

_____. *Psicanálise em perguntas e respostas: mitos e verdades*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

_____. Processo judicial: forma de manutenção de vínculo? In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (coord). *Direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 68.

_____. *Psicanálise em perguntas e respostas: mitos e verdades*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

ZORDAN, Eliana Piccoli; FALCKE, Denise; WAGNER, Adriana. Copiar ou (re)criar? Perspectivas histórico-contextuais do casamento. In: WAGNER, Adriana. *Como se perpetua a família? A transmissão dos modelos familiares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 58.

APÊNDICE A - Roteiro de análise de documentos

ROTEIRO DE ANÁLISE DE DOCUMENTOS

Fontes:

- Legislações, normativas e resoluções.
- Relatórios de dados governamentais a respeito de crianças e adolescentes no Brasil e do Poder Judiciário quanto aos processos em tramitação;

Descrição das Fontes:

- Legislações, normativas e resoluções.

Constituições Federais existentes na história do Brasil:

Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916)

Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962)

Emenda Constitucional n. 9/1977

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)

Código Civil de 2002 (Lei 10.406)

Lei 11.698/2008

Lei 12.318/2010

Lei 13.058/2014

Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105)

- **Relatórios de dados governamentais a respeito de crianças e adolescentes no Brasil e do Poder Judiciário quanto aos processos em tramitação;**

Estatísticas do Registro Civil relativas ao ano de 2002 e 2015, resultado da coleta das informações prestadas pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, Varas de Família, Foros ou Varas Cíveis e os Tabelionatos de Notas do País.

Aspectos a serem sistematizados e analisados:

Modificações quando as diferenças de gênero nos cuidados parentais

Direitos e deveres dos genitores

Exercício dos deveres inerentes à parentalidade após ruptura conjugal ou convivencial

Direitos das crianças e dos adolescentes

Melhor interesse da criança e do adolescente

Proteção integral da criança e do adolescente

Parentalidade responsável

APÊNDICE B – Quadro modificado pelo autor a partir dos dados das Estatísticas do Registro Civil relativas ao ano de 2015, resultado da coleta das informações prestadas pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, Varas de Família, Foros ou Varas Cíveis e os Tabelionatos de Notas do País.

Lugar da ação do processo	Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade										
	Total	Responsáveis pela guarda dos filhos									
		Marido	Mulher	Ambos os cônjuges	Outro	Sem declaração					
Sul	19 872	6%	1 266	76%	15 078	16%	3 151	1%	198	1%	179
Paraná	9 839	7%	664	73%	7 217	17%	1 715	1%	107	1%	136
Santa Catarina	4 896	7%	324	77%	3 783	15%	732	1%	43	0%	14
Rio Grande do Sul	5 137	5%	278	79%	4 078	14%	704	1%	48	1%	29
Brasil	141	5%	7 402	79%	111 712	13%	18 238	1%	1 348	2%	2 418

ANEXO A Aprovação do projeto de pesquisa pela Comissão Científica da ESCOLA DE HUMANIDADES da PUCRS



SIPESQ

Sistema de Pesquisas da PUCRS

Código SIPESQ: 7845

Porto Alegre, 19 de janeiro de 2017.

Prezado(a) Pesquisador(a),

A Comissão Científica da ESCOLA DE HUMANIDADES da PUCRS apreciou e aprovou o Projeto de Pesquisa "A GUARDA COMPARTILHADA EM CASOS DE LITÍGIO: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE".

Atenciosamente,

Comissão Científica da ESCOLA DE HUMANIDADES

**ANEXO B- Projeto de Lei n. 6350/2002, de autoria do Deputado Federal
Tilden Santiago – MG**

Ementa: Dispõe sobre a guarda compartilhada.

Explicação da Ementa

Altera a Lei nº 10.406, de 2002.

PROJETO DE LEI Nº , DE 2002
(Do Sr. Tilden Santiago)

Define a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

“Art. 1583

§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.”

Art. 3º O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1584 Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.”

§ 1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.

Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

JUSTIFICAÇÃO

O novo Código Civil Brasileiro, tão recentemente aprovado, no ano de sua vacância, merece ser aperfeiçoado em tudo o que for possível. No que tange ao Direito de Família, deixou de contemplar o sistema de guarda compartilhada, que ora propomos, que já vem há tempos sendo apontado como a melhor solução prática em prol das crianças e adolescentes, quando do divórcio ou separação dos pais.

Segundo o magistério da Dra. Sofia Miranda Rabelo, da UFMG e da Associação “Pais Para Sempre”, a guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade.

A justificativa para a adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

A continuidade do convívio da criança com os ambos pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. Por isso, não se pode manter sem questionamentos, formas de solucionar problemas tão ultrapassados.

É preciso diferenciar os tipos de guarda para evitarem-se confusões na determinação daquela que parece mais adequada. São quatro modelos de guarda de filhos: guarda alternada, guarda dividida, aninhamento ou nidificação e guarda compartilhada.

A *Guarda alternada* caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

A *Guarda dividida* apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não

tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais, que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

O *Aninhamento ou nidação* é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizada.

Finalmente, a *Guarda Compartilhada* ou *conjunta* refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressalvando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação como pai e mãe, havendo como co-participação em igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, *stress* e desgastes.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estados, para proteção integral dos menores.

Enquanto a família permanece unida, o menor desfruta dos dois genitores. A ruptura cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental de concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Na realidade social surgem cada vez mais conflitos envolvendo

relações paternofiliais, porém são escassas as normas legais a respeito. Cumpre a doutrina e jurisprudência estabelecer soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com a o Texto Constitucional.

Timidamente, alguns tribunais brasileiros passaram a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, a definição e o estudo específico do tema é de extrema importância para que os juízes possam se orientar e decidir respeitando o interesse do menor.

É o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família.

Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreça a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição eqüitativa da autoridade parental.

A guarda “exclusiva”, “única” cede lugar às novas modalidades de guarda *alternada*, *dividida*, e finalmente *compartilhada* ou *conjunta*.

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada (*joint custody*). A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A *American Bar Association – ABA* criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (*Child Custody Committee*). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. a nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Nosso Projeto é simples, apenas definindo a guarda compartilhada e tornando-a o sistema recomendável, sempre que possível, por avaliação do juiz.

Ao propor este Projeto, louvo a iniciativa da Associação Pais para Sempre , do Apase Brasil - Associação de pais Separados do Brasil, movimentos de cidadania para o reconhecimento dos direitos deveres daqueles pais e mães, que mesmo após o rompimento conjugal, querem manter o relacionamento com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações. A separação e o divórcio devem acontecer somente entre os pais, não entre pais e filhos.

Por ser inegável avanço, que protegerá a família brasileira, conclamo meus Ilustres Pares a aprovarem esta proposição.

Sala das Sessões, em de de 2002.

Deputado TILDEN SANTIAGO

**ANEXO C - Projeto de Lei n. 1009/2011, de autoria do Deputado Federal
Arnaldo Faria de Sá - PTB/SP**

EMENTA: “Altera o art. 1584, § 2º , e o art. 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.”

Explicação da Ementa: Aplica-se a guarda compartilhada quando ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar.

Transformado na Lei 13.058/2014

PROJETO DE LEI N.º _____, DE 2011.

(do Sr. Deputado Arnaldo Faria de Sá)

Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º O § 2º do artigo 1584 do Código Civil Brasileiro passa a vigorar com a seguinte redação:

*§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, **encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar**, será aplicada a guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores declare ao magistrado não desejar a guarda do menor, caso em que se aplicará a guarda exclusiva ao outro genitor.*

§ 2º ' Independentemente de qual dos genitores detenha a guarda dos filhos, fica desde já proibido, sob pena de multa de um salário mínimo ao dia, a qualquer estabelecimento privado ou público, a negar-se a prestar informações sobre a criança, a quaisquer de seus genitores. Considerar-se co-responsável os representantes do estabelecimento.

Art. 2.º - O artigo 1585 do Código Civil Brasileiro passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos não se decidirá guarda, mesmo que provisória, de filhos, devendo esta, **somente após ouvir-se o contraditório**, ser decidida aplicando-se as disposições do artigo antecedente.

Art. 3.º - Esta lei entra em vigor no ato de sua publicação, revogam-se as disposições em contrário.

JUSTIFICAÇÃO

Muito embora não haja o que se negar sobre avanço jurídico representado pela promulgação da Lei nº 11.698, de 13.06.08, a qual institui a Guarda Compartilhada no Brasil. Muitas pessoas, inclusive magistrados, parecem não ter compreendido a real intenção do legislador quando da elaboração de tal dispositivo.

Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade.

Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não os melhor interesse da criança mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-conjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental.

Tal postura litigante já tem sido percebida por muitos magistrados os quais defendem a aplicação incondicional da guarda compartilhada, assim bem como uma análise mais profunda antes da concessão de guarda, mesmo que provisória, da criança, como se pode constatar em diversos artigos publicados e palestras proferidas, tanto nos campos jurídico como psicológico, por exemplo:

Guarda Compartilhada com e sem consenso - MM. Dra. Eulice Jaqueline da Costa Silva Cherulli – Juíza de Direito da 2 Vara de Família de Rondonópolis – MT

- "A guarda compartilhada permite (...) a alternância de períodos de convivência (...) A alternância na guarda física é pois possível desde que seja um arranjo conveniente para a criança em função de sua idade, local de estudo, saúde, e outros fatores que deverão ser cuidadosamente considerados."

1. *A criança deve se sentir "em casa", em ambas as casas.*
2. Se a criança puder decidir, de per si, para onde vai, será um "mini adulto".
3. A guarda conjunta é uma âncora social para o menor;
4. ***A guarda conjunta não pressupõe necessariamente um bom relacionamento entre os pais.***

Por todo o exposto, contamos com o endosso dos ilustres Pares para a aprovação deste importante projeto de lei.

Sala das Sessões, em 12 de abril de 2011.

Arnaldo Faria de Sá
Deputado Federal - São Paulo



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br

