

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Karoline Hachler Ricardo

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA SOB A PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Santa Maria, RS
2016

Karoline Hachler Ricardo

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Nina Trícia Disconzi Rodrigues

Santa Maria, RS, Brasil
2016

Karoline Hachler Ricardo

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 15 de dezembro de 2016:

Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Dra. (USP)
(Presidente/Orientadora)

Carlos Norberto Belmonte Vieira, Bel. (UNISINOS)

Laura Regina da Silva Camara Maurício da Fonseca, Dra. (PUC-RS)

Santa Maria, RS, Brasil
2016

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Nina Trícia Disconzi Rodrigues pelo estímulo, compreensão, auxílio, paciência, dedicação, pela honrosa orientação;

À universidade pública, gratuita e de qualidade;

À minha família pelo apoio e incentivo sempre presentes;

Aos meus colegas do curso;

Aos amigos queridos pela força e alegria;

A todos aqueles que de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

*Todas nós temos anseio pelo que é selvagem.
Existem poucos antídotos aceitos por nossa
cultura para esse desejo ardente. Ensinaram-
nos a ter vergonha desse tipo de aspiração.
Deixamos crescer o cabelo e o usamos para
esconder nossos sentimentos. No entanto, o
espectro da Mulher Selvagem ainda nos
espreita de dia e de noite. Não importa onde
estejamos, a sombra que corre atrás de nós
tem decididamente quatro patas."*

(Clarissa Pinkola Estés)

RESUMO

A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

AUTORA: Karoline Hachler Ricardo
ORIENTADORA: Nina Trícia Disconzi Rodrigues

A guarda dos filhos, diante da ruptura conjugal, era presumida a genitora, uma vez que, culturalmente, existe uma divisão dos papéis parentais considerados típicos para cada gênero, submetendo a mulher aos cuidados maternos. Entretanto, com a inserção da mulher no espaço público e objetivando manter ambos os pais envolvidos na criação dos filhos, essa presunção vem sendo contestada e, atualmente, há uma nova modalidade de guarda – a compartilhada. Contudo, há divergências jurisprudenciais e doutrinárias na aplicação desse instituto quando existe beligerância no núcleo familiar. Assim, o problema de pesquisa desta monografia é: a guarda compartilhada nos processos litigiosos é elemento para o exercício da coparentalidade, em respeito aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da igualdade de gêneros? De que maneira o Judiciário Gaúcho, por meio de suas decisões tem se posicionado sobre essa temática? Para tanto, utiliza-se o método dedutivo de abordagem, e os métodos de procedimento histórico e monográfico e, para melhor trabalhar com o tema divide-se o trabalho em duas grandes partes: a primeira analisa o panorama do direito de família no Brasil, os princípios norteadores da guarda compartilhada e a situação da mulher em face da evolução da sociedade brasileira, no que tange aos seus direitos, até o contexto atual. Na sequência, aborda-se sobre o poder familiar, bem como o posicionamento do Judiciário gaúcho diante da regra da guarda compartilhada, mesmo quando inexistente consenso entre as partes envolvidas; constatando-se, ao final, a baixa aplicação do compartilhamento nessas situações, e a conseqüente preferência pela guarda unilateral materna.

Palavras-chave: Coparentalidade; Direito; Empoderamento feminino; Família; Guarda compartilhada; Gênero; Igualdade; Poder familiar.

ABSTRACT

JOINT CUSTODY AS A RULE IN A CIVIL-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

AUTHOR: Karoline Hachler Ricardo
ADVISOR: Nina Tricia Disconzi Rodrigues

In the past, the custody of a child generally used to be awarded to the female party in cases of couple separation, because of the cultural division of parental roles considered typical for each gender, which leaves the woman in charge of most care. However, as women began to participate in public spaces, that assumption has been challenged in order to keep both parents engaged in the raising of children. Therefore, currently, there is a new type of custody - joint custody. Nevertheless, there are differences in terms of case law and doctrine in its application when there are conflicts in the family core. Thus, the research question of this study is: is joint custody an element for co-parenting in contentious divorce, and does it respect the principles of prioritizing the interests of the child and establishing gender equality? What position does the Judicial System in Rio Grande do Sul take on the issue when we consider its decisions? For this, we use the deductive approach and methods of historical and monographic procedure. For better development, the study is divided into two major parts. The first examines the landscape of family law in Brazil, the guiding principles of joint custody, and the situation of women's rights in the light of the evolution of the Brazilian society up to now. The second part addresses family power and the position of the Judicial System of Rio Grande do Sul on joint custody, even when both parties do not reach a consensus, since, in such cases, as we concluded, joint custody is not frequently applied, and, as a consequence, the preferred custodial parent is usually only the mother.

Keywords: Co-parenting; Law; Women's empowerment; Family; Joint Custody; Gender; Equality; Family Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO DE GUARDA COMPARTILHADA SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL	11
1.1 PANORAMA LEGAL DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA GUARDA	11
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA	19
1.3 GUARDA COMPARTILHADA E EMPODERAMENTO FEMININO	27
2 AVANÇOS E RETROCESSOS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA COM RELAÇÃO A GUARDA COMPARTILHADA	36
2.1 GUARDA E PODER FAMILIAR FACE AOS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA	36
2.2 GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA NOS CASOS DE LITÍGIO COMO EXERCÍCIO DA COPARENTALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS	44
2.3 GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS EM BENEFÍCIO DO EMPODERAMENTO FEMININO, SOB O AMPARO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	56
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada, regra no ordenamento jurídico brasileiro desde dezembro de 2014, é a tentativa de atenuar o impacto negativo da ruptura conjugal, enquanto mantém os dois pais envolvidos na criação e educação dos filhos, validando-lhes o papel parental permanente e conjunto. No entanto, percebe-se que nas situações de litigiosidade, há divergência doutrinária quanto à aplicação desse instituto e, também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) não é unânime em suas decisões.

Sabe-se, também, que a dissolução da relação matrimonial acaba afetando diretamente a vida das crianças e dos adolescentes, pois atinge a organização e a estrutura do modelo de família parental, o qual, com base nos estudos feministas sobre as relações sociais de sexo, sempre se deu de forma a submeter à mulher aos deveres de cuidado com a prole. Assim, tendo em vista que a estrutura da família contemporânea vem se modificando ao longo do tempo, uma vez que a mulher também está inserida no espaço público, a guarda do filho quando da dissolução da sociedade conjugal do casal, não pode mais ser presumida da mulher.

Desta forma, frente a esse panorama, o problema de pesquisa norteador deste trabalho é: a regra da guarda compartilhada nos processos litigiosos é elemento essencial para o exercício da coparentalidade em igualdade de direitos e deveres para ambos os pais, em respeito aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da igualdade entre homens e mulheres? De que maneira o Judiciário Gaúcho, por meio de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) tem se posicionado sobre essa temática?

Com essa investigação jurídico-científica pretende-se compreender o instituto da guarda compartilhada, como elemento essencial para o exercício da coparentalidade em igualdade de direitos e deveres para ambos os genitores, sob a perspectiva dos estudos feministas das relações sociais de sexo e sob a ótica civil-constitucional. Além disso, almeja-se averiguar a atuação do Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul com relação à aplicação da modalidade compartilhada mesmo quando há beligerância entre os pais, diante da tendência à guarda exclusiva materna, ainda que no campo normativo as Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/201 romperam com o paradigma da guarda unilateral à mãe, avançando para um sistema dual de guardas, centrado no interesse dos filhos e norteador para o reequilíbrio dos papéis parentais após a dissolução da sociedade conjugal.

Assim, um dos principais objetivos a ser trabalhado é o da abordagem de conceitos importantes atinentes à guarda compartilhada, no sentido de construir a ideia de sua

aplicabilidade nas situações de litigiosidade entre os genitores, bem como perceber de que modo o exercício conjunto do poder familiar melhor atende aos princípios da igualdade entre homens e mulheres e do maior interesse da criança e do adolescente trazidos pela Constituição Federal de 1988. Partindo-se de tal premissa será feita a análise breve dos princípios norteadores da Lei da guarda compartilhada, bem como das noções gênero, relações sociais de sexo, poder patriarcal, machismo, família, guarda e coparentalidade, com vistas a identificar se o machismo¹, enquanto consequência de uma tradição da sociedade patriarcal fundamenta a baixa aplicação da modalidade de compartilhamento de guarda. Por fim, pretende-se, então, analisar a atuação do TJ/RS, levando-se em consideração, evidentemente, que o Direito, enquanto ciência social e humana tem um importante e decisivo papel nas questões que foram (e serão) indagadas, já que lhe cumpre garantir o estágio básico do respeito aos princípios constitucionais.

Quanto à metodologia aplicada ao trabalho, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, à medida que se partiu do geral, ou seja, conceitos globais do que é a guarda no direito de família, para o particular: a guarda compartilhada, mesmo quando há litígio na ruptura conjugal, como modo de exercício conjunto do poder familiar sob a perspectiva dos princípios da igualdade entre homens e mulheres e do melhor interesse da criança e do adolescente, a partir das análises histórica, normativa, doutrinária e jurisprudencial, para se chegar ou a uma conclusão, ou a uma forma de interpretação das normas e princípios do direito infralegal e constitucional.

Nessa perspectiva, a fim de cumprir o escopo desse trabalho utilizou-se de duas abordagens: a quantitativa e a qualitativa; na primeira preocupou-se em verificar a existência e a intensidade numérica de decisões judiciais do TJ/RS, no período total de um ano e nove meses, sobre a aplicação da guarda compartilhada ainda que presente o litígio no relacionamento conjugal em rompimento. Já na abordagem qualitativa, importou analisar o posicionamento dos juristas sobre a sua aplicação ou não nos julgados relacionados à problemática abordada neste trabalho de conclusão de curso.

Ainda, na elaboração da presente monografia, em relação ao método de procedimento, foram utilizados o histórico e o monográfico. O histórico, muito brevemente, para descrever o panorama legal bem como a perspectiva histórico-constitucional do direito de família no

¹ Machismo é o comportamento, expresso por opiniões e atitudes, de um indivíduo que recusa a igualdade de direitos e deveres entre os gêneros sexuais, favorecendo e enaltecendo o sexo masculino sobre o feminino. Em um pensamento machista existe um "sistema hierárquico" de gêneros, onde o masculino está sempre em posição superior ao que é feminino. Ou seja, o machismo é a ideia errônea de que os homens são "superiores" às mulheres.

Brasil, principalmente com relação ao papel desenvolvido pelas mulheres no seio familiar. Já o método monográfico foi usado no levantamento de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no último um ano e nove meses, tendo como vocábulo de busca, no sítio eletrônico deste órgão, o termo: *guarda compartilhada*. Buscaram-se, essencialmente, acórdãos que levaram em consideração a guarda compartilhada nos processos litigiosos como elemento essencial para o exercício da coparentalidade.

Para a efetivação do presente trabalho, também foram utilizados os procedimentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica foi feita pela seleção e leitura de artigos, teses, dissertações e, principalmente, livros (doutrinários) relacionados ao assunto proposto. A jurisprudencial foi por meio de pesquisa de decisões no tribunal supramencionado. Quanto às técnicas de pesquisa, foram utilizados fichamentos, resumos e, por fim, elaboração de uma tabela, com a respectiva quantificação dos dados coletados nas buscas realizadas no sítio do TJ/RS, com o termo relevante à temática do trabalho.

Por fim, para atender ao problema de pesquisa e aos objetivos propostos, a monografia restou, assim, dividida em: Parte 1 – Direito de guarda compartilhada sob a perspectiva histórico-constitucional. 1.1. Panorama legal do direito de família no Brasil sob a perspectiva da guarda; 1.2. Princípios constitucionais que norteiam a Lei da guarda compartilhada; 1.3. Guarda compartilhada e empoderamento feminino². Parte 2 – Avanços e retrocessos na doutrina e na jurisprudência com relação à guarda compartilhada. 2.1. Guarda e poder familiar face aos novos modelos de família; 2.2. Guarda compartilhada como regra nos casos de litígio como exercício da coparentalidade na jurisprudência do TJ/RS; 2.3. Guarda compartilhada como regra nos processos litigiosos em benefício do empoderamento feminino, sob o amparo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

² Empoderamento feminino é o ato de conceder o poder de participação social às mulheres, garantindo que possam estar cientes sobre a luta pelos seus direitos, como a total igualdade entre os gêneros, por exemplo. Busca, nesse sentido, o direito das mulheres de poderem participar de debates públicos e tomar decisões que sejam importantes para o futuro da sociedade, principalmente nos aspectos que estão relacionados com a mulher.

1 DIREITO DE GUARDA COMPARTILHADA SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Para a identificação da guarda compartilhada nos processos litigiosos como elemento essencial do exercício da coparentalidade em igualdade de direitos e deveres para ambos os pais, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, faz-se necessário o estudo prévio do panorama geral do direito de família no Brasil, para que se possa compreender a situação da mulher e das crianças e adolescentes em face da evolução da sociedade brasileira, no que tange aos seus direitos, até o contexto atual.

Assim, com este objetivo, abordar-se-á, neste capítulo, o panorama legal do direito de família no Brasil sob a perspectiva da guarda (1.1) sob a ótica de diversos doutrinadores para, na sequência, fazer um apanhado dos princípios constitucionais que norteiam a lei da guarda compartilhada (1.2), bem como definir conceitos básicos para a compreensão do empoderamento feminino e dos direitos das mulheres (1.3).

1.1 PANORAMA LEGAL DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA GUARDA

Apesar da evolução e das respectivas alterações das estruturas familiares no Brasil, desde a época do Direito Romano, fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo destacar que as modificações ainda se encontram em andamento³, pensar em família, a partir da construção teórica de Dias⁴, ainda traz à mente o modelo tradicional: um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio e cercados por sua prole. Isso porque, a família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano, a qual, no Brasil, historicamente, segundo a própria autora, para merecer aceitação social e até mesmo reconhecimento jurídico, necessitava da constituição através do casamento.⁵

Ademais, durante a vigência do Código Civil de 1916⁶, a família brasileira, além de ser “ eminentemente matrimonializada”, era entidade totalmente patrimonializada, não sendo reconhecida qualquer outra forma de relacionamento ou arranjo familiar no ordenamento

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 38.

⁵ *Ibidem*, p. 27-28.

⁶ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Código Civil de 1916**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

jurídico e, seus efeitos, quando existentes, poderiam ser examinados apenas no âmbito do Direito das Obrigações, em razão de essas entidades serem comparadas às sociedades de fato.⁷ Nesse período, o núcleo familiar dispunha, também, de perfil hierarquizado e patriarcal, sendo centrado na figura do homem, provedor do sustento de toda a sociedade conjugal, cuja dissolução sequer era permitida.⁸

No entanto, segundo Dias⁹, essa realidade vem mudando, vez que, atualmente, a sociedade já está mais acostumada com famílias que se distanciam do perfil tradicional, tornando-se natural à convivência com famílias monoparentais, por exemplo; o que permite reconhecer a pluralização do conceito de família. Para Brauner¹⁰, essas “modificações sucessivas pelas quais passou a família estão relacionadas a fatores de ordem cultural, religiosa, econômica e política, vivenciados nas diferentes sociedades”.

Essas mudanças começaram com o início da Revolução Industrial, quando houve um enxugamento da família, a qual se viu obrigada a migrar do campo para os grandes centros industriais. A tendência foi a de concentrar a mulher nas atividades domésticas, bem como no cuidado cotidiano da prole conjugal, deixando sob a responsabilidade do esposo a chefia econômica do lar.¹¹ Assim, apesar da elevação da família ao modelo nuclear, a forma patriarcal acentuou-se ainda mais, uma vez que, diante deste novo modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, cada membro, passou a assumir tarefas divididas pela lei e pelos costumes para cada gênero sexual, num papel de inquestionável subserviência da mulher.¹²

Apesar dessa configuração ainda fundada no modelo patriarcal de família, percebe-se que várias foram as mudanças na estrutura familiar, forçando, nesse sentido, sucessivas alterações legislativas capazes de acompanhar todas essas evoluções. A mais expressiva delas foi o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 1962¹³, que devolveu a plena capacidade à mulher casada, pois de acordo com a legislação civil da época (Código de 1916), uma vez celebrado o casamento, a mulher perdia a capacidade. Segundo a autora, outra alteração,

⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 27-28.

⁹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰ BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O direito de família descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Da Autora, 2001, p. 9.

¹¹ MADALENO, Rolf, *op. cit.*, p. 39.

¹² *Idem*.

¹³ BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Estatuto da Mulher Casada**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

significativamente importante foi a instituição do divórcio, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e da Lei nº 6.515¹⁴, também no ano de 1977: essa legislação “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada”, momento em que, finalmente, se possibilitou as separações dos casais que não mais conseguiam conviver sob o mesmo teto.¹⁵

Além disso, com o surgimento de novos paradigmas, como a emancipação da mulher, os conceitos engessados de casamento, sexo e reprodução começaram a dissociar-se.¹⁶ Pela inteligência de Gama¹⁷, essa emancipação, somada à inserção profissional da pessoa humana, à massificação das relações econômicas, entre outros, impuseram mudanças na função e na concepção das novas famílias. Assim, “o formato hierárquico da família cedeu lugar à democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo”¹⁸ e, diante das mudanças ocorridas, a proteção estatal dada à família não poderia mais se resumir às famílias fundadas no casamento, as quais deveriam “espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade”, fundando-se em valores e sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, entre outros, afastando, dessa forma, todos aqueles valores individuais e materiais que nortearam a família matrimonial tutelada pelo Código Civil de 1916.¹⁹

Toda essa evolução culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988²⁰, momento em que o Direito de Família sofreu profundas alterações, a ponto de ser defendido, inclusive, a prevalência de um Direito de Família Constitucional, como Lei Maior do ordenamento jurídico, “inaugurando mudanças e avanços que, de início, entraram em rota de colisão com os costumes e para com as disposições ordinárias até então codificadas ou espalhadas em leis autônomas”, como as já elucidadas.²¹

Em breve síntese, a título exemplificativo oportuno se faz destacar essas alterações trazidas pela Constituição de 1988, que fizeram verdadeira revolução no Direito de Família brasileiro a partir de três eixos, quais sejam: o da família plural, com várias formas de

¹⁴ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Lei do Divórcio**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 30.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *op. cit.*, p. 28

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

²¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 38.

constituição, entre elas a monoparentalidade familiar; a igualdade no enfoque jurídico da filiação; e a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.²² A nova Carta Política de 1988, desse modo, “instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros”.²³

Nessa perspectiva, segundo Madaleno²⁴, nesse momento, a sociedade deparou-se com um verdadeiro esvaziamento do Código Civil de 1916: não só foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges, mas também desapareceu a hipocrisia de o marido exercer a chefia da sociedade conjugal e de a mulher ser a sua mera colaboradora, por exemplo. Na Constituição de 1988, a igualdade formal foi estabelecida enfaticamente em duas oportunidades, quais sejam, nos artigos 5º, inciso I²⁵ e no artigo 226, § 5º²⁶. Para Dias²⁷, contudo, “a constitucionalização da igualdade não basta, por si só, para alcançar a absoluta equivalência social e jurídica de homens e mulheres” e, “mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em espaço de igualdade”.²⁸

Destaca-se que apesar da consagração da Constituição Federal em 1988 e os sucessivos avanços no Direito de Família que dela decorreram, o Código Civil vigente ainda era o de 1916, o qual só veio a ser alterado em 2002, entrando em vigor somente em 2003. Para Madaleno²⁹, “no caminho inverso do Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, o novo texto civil está fincado no desenvolvimento da pessoa humana, princípio basilar da Carta Política vigente”. Por outro lado, para Dias³⁰, o atual Código Civil³¹ (do ano de 2002, mas que só entrou em vigor em 2003), “embora bem-vindo, chegou velho”, tendo em vista que é fruto de um projeto cuja

²² DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha no prefácio do livro **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. IX-X.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 30.

²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 38.

²⁵ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

²⁶ “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

²⁷ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 102.

²⁸ *Ibidem*, p. 95.

²⁹ MADALENO, Rolf, *op. cit.*, p. 38.

³⁰ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 31.

³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

origem é de 1975, sendo anterior, inclusive, à Lei do Divórcio, que é de 1977: “tramitou pelo Congresso Nacional antes de ser promulgada a Constituição Federal, em 1988, que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana”.

Diante dessas constatações, é possível perceber que o Código Civil contemporâneo traz inúmeras defasagens e resquícios do Código anterior, de 1916, inclusive em razão da longa trajetória percorrida pelo Projeto nº 634 do ano de 1975, cuja tramitação legislativa demorou cerca de vinte e seis anos no Congresso Nacional, intercalando aprovações e desaprovações entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, período que houve significativas alterações no comportamento social e cultural da família brasileira, “originariamente modelada à luz dos cânones da Igreja Católica e dos valores configurados a partir de uma visão patrimonial da família”, e que não foram totalmente acompanhadas pela nova legislação.³²

Assim, a título ilustrativo, apesar da possibilidade da ruptura da relação conjugal já ser bastante antiga – evoluindo desde 1977, com a criação do instituto do divórcio, e posteriormente regulado pelo Código Civil atual –, até os dias de hoje ainda não é vista com bons olhos pela sociedade brasileira, que por questões evidentemente culturais – com profundas raízes na posição da Igreja Católica, que ao se empenhar em preservar o *status quo* do capitalismo, reforça a sujeição da mulher ao marido –, glorifica aquela família totalmente matrimonial da época do Código Civil de 1916.³³ No entanto, aprovado ou não pelos padrões culturais, as famílias monoparentais, oriundas dos terminos de relacionamentos conjugais, são a realidade na sociedade brasileira atual, dada a frequência de dissoluções conjugais na sociedade ocidental, sejam elas consensuais ou litigiosas.³⁴

Conseqüentemente, diante da dissolução da sociedade conjugal, tem-se a questão da guarda dos filhos. Segundo Comel³⁵, a função de ter os filhos em companhia e guarda, atualmente, “é extensão tanto do dever constitucional de assistir o filho (estar presente em sua vida, acompanhá-lo, testemunhar o que faz), quanto do dever de criação e educação, uma vez que os pais só poderão criar e educar o filho se o tiverem consigo, vivendo em sua companhia”. No entanto, cabe ressaltar que a guarda foi e ainda é uma questão bastante

³² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 2.

³³ SAFFIOTI, Heleieth I. B.. **A mulher na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2003. p. 143-150.

³⁴ ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada: priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal**. 2003. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio Econômico. Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/114439>>. Acesso em: 16 out. 2016. p. 20.

³⁵ COMEL, Denise. **Do poder familiar**. São Paulo: RT, 2003. p. 110.

complexa no direito de família, tendo em vista que o fim do relacionamento conjugal implica na saída de um dos cônjuges do lar, o que, normalmente, gera uma disputa entre os pais pela guarda do filho.³⁶

Antes, contudo, de analisar o objeto da presente monografia, que é a guarda compartilhada, para seu melhor entendimento, importa destacar, primeiramente, a evolução do instituto da guarda no Direito de Família brasileiro.

A primeira regra no direito brasileiro sobre a questão da guarda, ou seja, sobre o destino dos filhos de pais que não mais conviviam, veio com a edição do Decreto 181, de 1890³⁷, em seu artigo 90³⁸, que estabelecia, basicamente, que a prole ficaria sob a custódia do cônjuge considerado inocente. Já o Código Civil de 1916, distinguiu as hipóteses de separação amigável e judicial, observando, em seu artigo 325, na primeira, que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos e, na última, conforme previsão do artigo seguinte, 326, continuava sendo analisada a culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura.³⁹

Esse quadro permaneceu até o advento da Lei do Divórcio, em 1977. Essa legislação, todavia, continuou combinando o princípio do desfazimento por culpa, com hipóteses de dissolução sem culpa, conservando o sistema vigente, apenas trazendo algumas adaptações. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, assegurou à criança, como dever, primeiro, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar, cuja disciplina veio a ser estabelecida só em 1990, com a Lei 8.069⁴⁰, instituindo o Estatuto da Criança e do Adolescente, não mais se baseando na culpa de um ou outro cônjuge para definir o destino da prole quando da ruptura do matrimônio, mas sim no melhor interesse da criança e do adolescente envolvida.⁴¹

No Código Civil de 2002, as regras não se alteram no que tange à preservação do maior interesse da criança e do adolescente, conservando-se o espírito do sistema até então

³⁶ ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada:** priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal. 2003. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio Econômico. Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/114439>>. Acesso em: 16 out. 2016. p. 22-28.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1980. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Lei do Casamento Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

³⁸ “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se está for inocente e pobre”.

³⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58-59.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2016.

⁴¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *op. cit.*, p. 60-62.

vigente. Porém, o novo texto civil “sepulta o anacrônico regime da perda da guarda pela culpa do cônjuge na separação e o da prevalência materna na sua fixação em caso de culpa recíproca como estavam previstos na legislação precedente”.⁴² No entanto, mesmo com a exclusão da culpa, a guarda da prole continuou sendo, costumeiramente, dada à genitora.

Historicamente, nessa perspectiva, a guarda dos filhos na hipótese de dissolução do matrimônio foi considerada como custódia individual, habitualmente outorgada à mãe, salvo raras exceções capazes de afetar os interesses das crianças e adolescentes, cujo fundamento básico era: idade dos filhos, pois se pequeno tinha maior dependência da mãe e; por outro lado, a disponibilidade da mulher, já que não trabalhava fora de casa há época.⁴³ Pela inteligência de Fiterman⁴⁴, a presunção da guarda materna está “arraigada a momentos históricos nos quais a mulher teve como destinação máxima de sua função familiar as lides domésticas, ao contrário do homem, que se configurava como único provedor do lar”. Isso se evidencia através do exame da jurisprudência, o que será detalhadamente analisado no capítulo que segue.

Desde a edição do Código Civil de 2002, o único modelo de guarda adotado no ordenamento jurídico brasileiro era o da guarda unilateral, com prevalência da mãe para tal dever. Segundo Rosa⁴⁵, “a guarda unilateral, de acordo com o art. 1583, § 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”.

No entanto, a partir de 2008, com a edição da Lei nº 11.698⁴⁶, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do texto civil, foi inserido um novo modelo de guarda, como opção, em nosso ordenamento jurídico: a guarda compartilhada.⁴⁷ Contudo, a regra jurídica, ainda era a da guarda unilateral, o que só veio a ser alterado pelos Projetos de Lei nº 1.009 de 2011 e nº 117 de 2013, que mais tarde resultaram na a edição da Lei da guarda compartilhada (Lei nº

⁴² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 63.

⁴³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 433.

⁴⁴ FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 98.

⁴⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55-56.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Lei da Guarda Compartilhada**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁷ ROSA, Conrado Paulino da. *op. cit.*, p. 63.

13.058⁴⁸), a qual deu nova redação aos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, deixando claro que a guarda compartilhada não seria mais a exceção em nosso ordenamento, mas sim a regra.

Na antiga redação do §2º do artigo 1.584 do Código Civil, dada pela Lei 11.698/2008, dizia que quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.⁴⁹ Segundo Rosa⁵⁰, o termo “sempre que possível” foi um dos maiores empecilhos a melhor aplicação da guarda conjunta no direito brasileiro desde a edição da Lei nº 11.698/2008, pois acabou fazendo com que, tanto alguns doutrinadores, como os operadores do direito confundissem essa modalidade de guarda, a compartilhada, com a guarda alternada, que sequer é prevista na legislação brasileira. Para o autor, equivocadamente falava-se em divisão literal do tempo de convívio em cada uma das casas dos genitores.

Porém, enquanto a guarda alternada “ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados”, ou seja, tanto a “guarda jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais”⁵¹; a guarda compartilhada procura fazer com que os pais, mesmo após a o término do vínculo pessoal, continuem sendo responsáveis pela criação e educação da prole, bem como sigam responsáveis pelo seu integral desenvolvimento, obrigando-os a realizarem as funções parentais da melhor forma possível.⁵²

Outra modalidade de guarda, apenas a título ilustrativo, é a chamada guarda nidal, que é uma variação da guarda alternada, também conhecida como guarda de nidacão ou mesmo de aninhamento, na qual o filho permanece em uma terceira casa escolhida como fixa pelos genitores, que alternam os dias de convivência com a prole, “sendo que o reflexo sobre a saúde psíquica e emocional da criança é exatamente o mesmo da guarda alternada, ou seja, perda de referência para a prole”.⁵³

Entende-se a guarda conjunta, basicamente, como o reconhecimento da divisão do poder familiar entre os genitores em face de sua prole, nas questões inerentes não só aos

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Lei da Guarda Compartilhada**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 58.

⁵¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58-59.

⁵² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 434.

⁵³ SILVA, Renata de Oliveira. **Guarda compartilhada e seu reflexo na prole**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35677/guarda-compartilhada-e-seu-reflexo-na-prole>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

direitos, mas também aos deveres das crianças e adolescentes face às decisões mais importantes sobre a criação e educação dos mesmos, a serem tomadas sempre em conjunto.⁵⁴ Nesse viés, a guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e deveres em relação a eles, podendo, por outro lado, planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).⁵⁵

Assim, “a prática dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm com suas funções parentais e com as decisões relativas aos filhos menores e incapazes”.⁵⁶

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

O direito das famílias, pelo entendimento de Dias⁵⁷, é o ramo do Direito em que “mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”, não podendo os princípios que regem o direito das famílias distanciarem-se da atual concepção de família. Assim, para o estudo dos princípios constitucionais que norteiam a Lei da guarda compartilhada, considerando a pluralidade do conceito de família contemporâneo, utilizou-se como base metodológica a construção teórica de Lôbo⁵⁸, que agrupa os princípios jurídicos aplicáveis ao Direito de Família em dois grandes grupos: os princípios fundamentais e os gerais. Os princípios fundamentais dividem-se em dignidade da pessoa humana e solidariedade. Dentre os gerais estariam o da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança e do adolescente.

⁵⁴ JUNIOR, Dilermando Cigagna. Guarda de filhos: guarda unilateral e compartilhada. In LAGRASTA NETO, Caetano (Coord); SIMÃO, José Fernando (Coord) et al. **Dicionário de Direito de Família, volume 1: A-H**. São Paulo: Atlas, 2015. Consultoria: Sidnei Agostinho Beneti. p. 460.

⁵⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 180.

⁵⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 434.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 57.

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. 2. ed. de acordo com a Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

Ainda, faz-se essencial a diferenciação dos princípios constitucionais fundamentais e gerais. De acordo com o entendimento de Barroso⁵⁹, compreende-se os princípios fundamentais como expressões das principais decisões políticas no âmbito do Estado, ou seja, daquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Já os princípios constitucionais gerais são considerados importantes especificações dos princípios fundamentais e, apesar de não integrarem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, por terem menor grau de abstração, são mais facilmente determináveis o núcleo em que operam como regras.

Cabe ressaltar, também, a importância dos princípios constitucionais, sejam eles fundamentais ou gerais, vez que possuem força vinculante e são, em verdade, de acordo com Paiva⁶⁰, “o ponto de partida de qualquer atividade judicante, seja de interpretação, integração ou de aplicação da lei”. Para o autor, os princípios constitucionais são de suma relevância, pois são de “observância necessária e obrigatória em qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade”, devendo informar, inclusive, a própria atividade legislativa, bem como a atuação de todos os entes estatais.

Nessa perspectiva, considerando a extrema importância desses princípios, passa-se a análise das especificidades de cada um deles.

Quanto aos princípios fundamentais, o da Dignidade Humana, segundo Dias⁶¹, surgiu a partir da “preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social e levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”. A dignidade da pessoa humana, de acordo com os estudos de Groeninga⁶², “implica necessariamente um fazer de ordem ética, uma função da personalidade”. Ainda, para a autora, só é possível dar-se a ética que deriva do princípio da dignidade quando se usa a empatia, seja ela da capacidade ou função mental, seja do processo por meio do qual é possível aprender o outro, o igual e o diferente.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em:

<<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/41034300/HERMENEUTICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474806980&Signature=odbV3IqoYHN6oCZh9zawJd6CE0s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DHERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁶⁰ PAIVA, Eduardo de Azevedo. **Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 59.

⁶² GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. Disponível em: <file:///C:/Users/Cepal00/Downloads/Giselle_Groeninga_Tese.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

Já quanto ao princípio fundamental da solidariedade, segundo Almeida⁶³, entende-se como “o que cada um deve ao outro, e tem origem esse princípio nos vínculos afetivos”. Exemplo desse raciocínio é o disposto no artigo 227⁶⁴ da Constituição, que atribui à família, em um primeiro momento, os cuidados e deveres para com relação às crianças e adolescentes. Por razões óbvias, desse modo, para Tartuce⁶⁵, “esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais”.

Feita essa breve exposição, é perceptível que os princípios fundamentais ora analisados – dignidade humana e solidariedade – são como ordens globais que orientam o ordenamento jurídico como um todo. Ademais, esses princípios, desdobram-se em vários outros, mais específicos, que são os princípios constitucionais gerais, os quais se prestam de modo corrente à “tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam”, irradiando-se, assim, por toda a ordem jurídica.⁶⁶

Cabe ressaltar, antes de analisar detalhadamente cada um dos princípios gerais indicados por Lôbo⁶⁷ que, dentre eles: “igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança e do adolescente”, apesar de todos, de algum modo tutelarem a situação jurídica da guarda compartilhada, objeto de estudo da presente pesquisa, apenas os princípios da igualdade e do melhor interesse da criança é que serão aprofundados neste subcapítulo, tendo em vista a sua aplicabilidade direta, imediata e indispensável para o estudo proposto nesta monografia: a guarda compartilhada nos processos litigiosos como elemento essencial do exercício da coparentalidade em igualdade de direitos e deveres para ambos os pais, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

⁶³ ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade civil no direito de família**: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.47.

⁶⁴ “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”.

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/41034300/HERMENEUTICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474806980&Signature=odbV3IqoYHN6oCZh9zawJd6CE0s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DHERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. 2. ed. de acordo com a Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

Nesse viés, quanto ao princípio da igualdade (também conhecido como princípio da isonomia), primeiramente, importa destacar, segundo Gama⁶⁸, que “o princípio da igualdade não exclui o reconhecimento do direito à diferença”. Para o autor, o artigo 5º da Carta Política de 1988 reconhece, “ao estatuir o princípio genérico da isonomia que representa a igualdade na lei - ordem dirigida ao legislador - e perante a lei - ordem dirigida ao aplicador da lei -, às pessoas iguais o tratamento igual e às pessoas desiguais o tratamento desigual na medida em que possam se igualar”. Nesse sentido, de acordo com Dias⁶⁹, “é necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos”.

Pelo entendimento de Lôbo⁷⁰, nenhum princípio provocou transformação tão profunda no Direito de Família, como o da isonomia. Isso porque, o texto civil de 2002, adaptado e seguindo a Carta Magna de 1988, “busca aproximar-se da maior igualdade jurídica entre os cônjuges, companheiros, abarcando também a igualdade jurídica entre os filhos, independentemente de sua origem”.⁷¹

Assim, no âmbito do Direito de Família, o princípio da igualdade ainda se especializou em mais dois princípios específicos: como nas normas contidas nos artigos 226, § 5º⁷² e 227, § 6º⁷³, ambos do texto constitucional.⁷⁴ No entanto, a presente pesquisa debruça-se mais especificamente à igualdade entre homem e mulher nas relações matrimoniais e convencionais, em especial com atenção as questões que surgem diante da ruptura dessas relações.

Para Dias⁷⁵, considerando que a organização e a própria direção da família estruturam-se no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, conforme redação do artigo 1.511⁷⁶ do diploma civil, compete, a ambos, a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (artigo 1.567⁷⁷). São estabelecidos, no artigo 1.566⁷⁸ do Código Civil, nessa

⁶⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73 e 87.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 62.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

⁷² “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁷³ “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”.

⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁶ “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

⁷⁷ “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

⁷⁸ “São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos”.

perspectiva, deveres recíprocos e atribuídos igualmente tanto ao marido quanto à mulher, como, por exemplo, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, no inciso IV.

Dessa forma, tendo-se em vista a existência de inúmeras famílias monoparentais em razão dos termos de vínculos conjugais, tem-se o surgimento da questão da guarda dos filhos fruto da relação rompida. Diante dessa situação, faz-se necessário o estabelecimento de regras para determinação do destino da prole após a dissolução do vínculo conjugal, momento em que há necessidade da observação do princípio da igualdade para que nem um, nem outro cônjuge seja prejudicado.⁷⁹

Como o já anteriormente discutido no subcapítulo acima, houve uma época em que o bem-estar da prole coincidia com a guarda materna, pois as concepções culturais e jurídicas se confundiam e se misturavam: “por força da divisão sexual do trabalho, consagrada por séculos em nossa sociedade, a mulher foi relegada aos limites do lar, ao passo que ao homem foi dado desempenhar o papel de provedor”. Em razão disso, o papel de criação e educação dos filhos, ou seja, o dever de cuidado, estava intrinsecamente vinculado à figura materna, em uma injusta divisão de tarefas, mesmo após o fim do relacionamento conjugal, em que a guarda da prole era normalmente dada a genitora.⁸⁰

Nesse sentido, a “Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais”.⁸¹ Tanto é assim que, segundo Diniz⁸², a regulamentação instituída no texto constitucional a respeito da isonomia entre homens e mulheres “acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação”, até porque, para a autora, o patriarcalismo sequer se coaduna com a sociedade contemporânea, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução social.

⁷⁹ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. **Parentalidade em tempo de mudanças**: desvelando o envolvimento parental após o fim do casamento. 2007. 102 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=839>. Acesso em: 08 out. 2016.

⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

⁸¹ BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. V, Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Assim, a ideia da guarda conjunta, quando do rompimento da relação conjugal, de acordo com Grisard Filho⁸³, “surgiu da necessidade de reequilibrar os papéis parentais, diante da pernicioso guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o filho), e de garantir o melhor interesse do filho, especialmente as suas necessidade afetivas e emocionais”. A partir dessa constatação, é evidente a necessidade de novas modalidades de guarda que possibilitassem aos pais o exercício da autoridade parental em igualdade de condições, mesmo com o término da união, haja vista que esse modelo tradicional de guarda exclusiva atribuída preferencialmente à mãe, se mostrou, na maior parte dos casos, falho e insuficiente, para cumprir o papel parental no pós-dissolução da sociedade conjugal.⁸⁴

A Lei nº 13.058/2014 (Lei da guarda compartilhada), desse modo, determinando a guarda compartilhada como regra, pode diminuir essas concepções sociais, bem como o comportamento de decisões judiciais de que o pai somente é o guardião quando “ocorrem sérias perturbações com a mãe, diante de laudos psicológicos e sociológicos plenos de informações graves sobre o comportamento materno, ou quando ela concorda com o pedido”.⁸⁵

Com a dissolução do vínculo matrimonial, a guarda compartilhada, segundo Madaleno⁸⁶, “tem a função de preservar em condições de igualdade os laços com os filhos, permanecendo o mais próximo possível do relacionamento existente durante a coabitação dos pais”, reconhecendo e, literalmente pondo em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher.

Fica claro, portanto, que uma das justificativas para o surgimento e fortalecimento da lei da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, foi em razão de o anterior modelo, que era o da guarda unilateral, não mais atender a realidade social brasileira, que ao longo do tempo veio sofrendo grandes mudanças com a inserção da mulher na vida pública. Além disso, outro grande motivo foi o de melhor atender ao princípio do maior interesse da criança e do adolescente, no sentido da necessidade de se encontrar uma nova maneira de pais e filhos efetivamente conviverem e manterem seus vínculos afetivos.

⁸³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 213.

⁸⁵ GIUSTO, Eliana. **Guarda dos filhos: quando os homens também são discriminados**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Eliana_Giusto/Eliana.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁸⁶ MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 210.

Segundo Grisard Filho⁸⁷, “o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com os dois genitores na família pós-ruptura, semelhante a uma família intacta”.

Tal princípio – melhor interesse da criança e do adolescente – aponta para o integral desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Além do mais, “é diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita, etc.”.⁸⁸ Como se sabe, a dissolução da sociedade conjugal entre os cônjuges não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, eis que sequer é extinto o poder familiar exercido conjuntamente pelos pais em relação aos seus filhos.⁸⁹

A situação dos filhos com a ruptura da sociedade e do vínculo conjugal, portanto, amparada na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, para Leite⁹⁰, é baseada no princípio do melhor interesse da criança. Ou seja, o objetivo da legislação é proteger a pessoa dos filhos, uma vez que eles são, em regra, os mais atingidos e prejudicados no processo de rompimento da relação conjugal dos pais.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não se trata de mera recomendação ética, mas sim de diretriz dominante nas relações que venham a envolvê-los com seus pais, com a sua família, com a sociedade e com o Estado.⁹¹ Esse princípio, portanto, conforme Gama⁹², deve ser “fundamentalmente considerado em sede do planejamento familiar de forma conjugada com os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana”, vez que, “normalmente guarda estreita relação com a manutenção dos vínculos estabelecidos por pais e filhos, tão priorizados no processo de guarda”.⁹³

⁸⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 130.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35-36.

⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199.

⁹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de família**. São Paulo: RT, 2005. (Direito aplicado, v.5). p. 164.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

⁹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *op. cit.*, p. 80.

⁹³ SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 23.

Na ótica civil, conforme Tartuce⁹⁴, a proteção integral das crianças e dos adolescentes está reconhecida de forma implícita em dois dispositivos do Código Civil de 2002: o primeiro dispositivo é o art. 1.583, pelo qual, no caso de rompimento da sociedade conjugal, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a “guarda de filhos”, expressão que deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendendo o melhor interesse da criança. O segundo dispositivo é o artigo 1.584, que regulamenta quando não há consenso, situação em que a guarda deverá ser atribuída a quem revelar “melhores condições” para exercê-la, expressão que constitui uma “janela aberta” deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso.

Nessa perspectiva, a doutrina do superior interesse da criança e do adolescente vem coroar uma necessidade importantíssima e fundamental ao desenvolvimento do ser humano: que é o da convivência familiar.⁹⁵ A guarda compartilhada, dessa forma, surge como uma alternativa para melhor atender essa necessidade constitucional dos filhos de conviver e manter vínculos afetivos com seus genitores⁹⁶, uma vez que a atribuição desse novo modelo de guarda (conjunta), além de importar que as decisões a respeito da vida filhos sejam tomadas em conjunto entre os genitores, reforça o exercício da parentalidade responsável através da convivência familiar mais frequente.⁹⁷

Não restam dúvidas sobre a importância de o filho conviver com ambos os pais, para que construa uma relação e forme por si só uma imagem de cada um deles. No entanto, estando a convivência relacionada ao tempo em que estão juntos pai e filhos ou mãe e filhos, no momento em que isso não acontece, ou ocorre em intervalos espaçados de tempo, geralmente a imagem do progenitor que não detém a guarda é formada com a interferência daquele que a detém, o que é prejudicial para o seu desenvolvimento.⁹⁸ Como o término do relacionamento dos genitores não deve ocasionar a divisão dos direitos parentais, a dissolução da relação de conjugalidade não pode comprometer a continuidade da convivência dos filhos

⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Fam%20lia.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁹⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. Disponível em: <file:///C:/Users/Cepal00/Downloads/Giselle_Groeninga_Tese.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58.

⁹⁷ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 76.

⁹⁸ SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 20.

com ambos os pais⁹⁹, uma vez que após a dissolução conjugal o que se reconfigura é o estado referente à conjugalidade e não à parentalidade.¹⁰⁰

Assim, sendo a convivência familiar um direito de suma importância para a formação dos filhos, de acordo com o princípio protetor da criança e do adolescente, ele jamais deve ser desrespeitado, razão pela qual, o modelo da guarda compartilhada é defendido por muitos operadores do direito. Isso porque, nesse modelo de guarda, apesar de a criança residir com um dos cônjuges, deve ser garantida uma convivência ampliada com ambos os pais, responsáveis pela educação das crianças.¹⁰¹

O Código Civil de 2002, portanto, na senda dos postulados constitucionais da igualdade conjugal e da co-responsabilidade parental, trata dessa questão à luz do princípio do melhor interesse da criança: separados os pais, cabe-lhes, com primazia, dispor em conjunto sobre a guarda dos filhos, compartilhando a sua educação e formação, ao mesmo tempo em que, é uma técnica de superação dos egoísticos interesses individuais dos pais em manifesto prejuízo dos filhos.¹⁰²

Nesse sentido, enquanto os pais ganham, com a guarda compartilhada, a divisão dos momentos prazerosos bem como repartem, da mesma forma, os encargos das tarefas do dia a dia dos filhos, o que é necessário para uma isonomia entre eles¹⁰³; os filhos tem seus interesses garantidos em razão da priorização dos vínculos afetivos existentes entre eles e seus pais, os quais devem ser protegidos.¹⁰⁴

Há, portanto, de acordo com Rosa¹⁰⁵, um “inescondível fundamento constitucional na guarda compartilhada, materializando a proteção integral infanto-juvenil”. Isso porque, segundo Gama¹⁰⁶, “a essência do modelo de guarda compartilhada está refletida na

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 392.

¹⁰⁰ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 53.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do judiciário. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 73-74.

¹⁰³ ZULIANI, Ênio Santarelli. **Guarda dos filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-los como estabelecido**. Disponível em:

<<http://www.reginaldosantosadvocacia.com.br/artigos/detalhes-do-artigo/30/guarda+de+filhos+e+a+nova+perspectiva+de+impor+sancoes+por+violacoes+ao+direito+de+ter+o+filho+em+sua+companhia+ou+de+visita+lo+++como+estabelecido+++enio+santar>>. Acesso em: 14 set. 2016.

¹⁰⁴ SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 21.

¹⁰⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 76.

¹⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 222.

cooperação, já que livremente e por mútuo consentimento os pais geraram um filho, não podem se desfazer através desse mútuo consentimento, das responsabilidades integrais sobre a vida dos filhos”.

Por fim, é evidente que a atribuição conjunta e compartilhada de responsabilidades se mostra um terreno fértil para o exercício da coparentalidade e, principalmente, para a preservação do bom desenvolvimento da prole, em especial após o rompimento do vínculo conjugal ou convivencial de seus pais.¹⁰⁷

1.3 GUARDA COMPARTILHADA E EMPODERAMENTO FEMININO

A trajetória da instituição “família” está ligada, diretamente, à emancipação feminina¹⁰⁸, razão pela qual é imprescindível adentrar, ainda que sucintamente, nas questões de gênero envolvidas no tema abordado nesta monografia. Entender o fato de a mulher ser minoria subjugada por uma cultura universal, imbricada nas relações da sociedade heteronormativa masculina¹⁰⁹, é de suma importância para a compreensão dos objetivos (sejam eles intrínsecos ou extrínsecos) da Lei da guarda conjunta. Isso porque, para além da guarda compartilhada envolver questões de gênero, sexo, papéis familiares, ela seguramente favorece o questionamento de posturas cristalizadas no que toca ao exercício e à prática da parentalidade pós rompimento do relacionamento marital.¹¹⁰

Conforme explorado previamente nos subcapítulos anteriores, a guarda compartilhada surgiu em um contexto de transformações sociais que alcançaram a família, rompendo com paradigmas sociais e culturais ao propor, basicamente, que os cônjuges desenvolvessem sentimentos de ajuda mútua e de solidariedade no que tange aos cuidados dos filhos em todas as fases de seu desenvolvimento, mesmo não unidos por vínculo matrimonial.¹¹¹

Assim, para compreender a aplicação da regra da guarda compartilhada, mesmo quando inexistente consenso entre os genitores, como forma de fomentar o exercício da coparentalidade, atendendo, além do princípio do melhor interesse da criança, o da isonomia

¹⁰⁷ ROSA, Conrado Paulino da, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 94.

¹⁰⁹ AMARAL, Aline Marchi do. **Os diálogos internacionais sobre migrações na perspectiva de gênero**. 2015. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. p. 29.

¹¹⁰ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 13.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 13.

entre homem e mulher no exercício do poder familiar diante da dissolução conjugal, é substancial traçar como base para análise os conceitos e significações de gênero, construídos a partir das teorias feministas.¹¹² Faz-se necessário, ainda, estabelecer que esta breve construção teórica que segue tem, como objetivo principal, a tentativa de aproximação entre feminismo e estudos de direito de família, em especial com relação ao tema da guarda compartilhada, objeto de pesquisa deste trabalho.

De forma a cumprir tal escopo, utilizar-se-á de alguns discursos essenciais, destacando-se o comprometimento com alguns feminismos¹¹³, no sentido de construir uma base de diálogo interdisciplinar e complementar, partindo da asserção que os discursos feministas não se superam, mas sim, dialogam.¹¹⁴ Ademais, neste subcapítulo, atentar-se-á para os problemas de gênero, buscando compreender os papéis atribuídos a essa categoria como construções sociais¹¹⁵, bem como desvendar as raízes da respectiva naturalização das concepções, feminino e masculino, que conferem uma educação científica ao determinismo que há no tocante aos papéis e comportamentos “típicos” de homem e de mulher, a exemplo do dever de cuidado ser predestinado à mãe.¹¹⁶

Além disso, cabe ressaltar, que o enfoque nos estudos feministas como teoria capaz de fomentar e elucidar as questões levantadas na relação de poder e hierarquia entre homens e mulheres¹¹⁷ representa pilar fundamental ao estudo proposto na presente pesquisa. Nesse sentido, importa a compreensão da epistemologia feminista como base de estudo, tal qual afirma a autora Rago¹¹⁸ ao destacar que os estudos de gênero denunciam uma lógica de pensamento que não contempla a diferença, sendo tal lógica excludente, vez que adota um modelo de referência universal, que é “branco-heterossexual-civilizado-de-Primeiro-Mundo”. Assim, a construção dos estudos de gênero, derruba as noções de objetividade e neutralidade

¹¹² AMARAL, Aline Marchi do, *op. cit.*, p. 29.

¹¹³ BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.12.

¹¹⁴ AMARAL, Aline Marchi do, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁵ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 13.

¹¹⁶ SAFFIOTI, Heleieth I. B.. **A mulher na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2003. p. 39.

¹¹⁷ COSTA, Ana Alice A.; SARDENBERG, Cecília M. B. Feminismos, feministas e movimentos sociais. In: BINGEMER, Maria Clara Lucchetti; BRANDÃO, Margarida Luiza Ribeiro (orgs.) et al. **Mulher e relações de gênero**. São Paulo: Edições Loyola, 1994. p. 83.

¹¹⁸ RAGO, Margareth. **Epistemologia Feminista, Gênero e História**. In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam. (orgs.) **Masculino, Feminino, Plural**. Florianópolis: Mulheres, 1998. Disponível em: <http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

dos discursos tradicionais ao apontar essa esterilidade às diferenças¹¹⁹; e é partindo dessa perspectiva que se dará a construção deste subcapítulo.

Feita essa breve exposição, e considerando que as variadas maneiras de vivenciar a parentalidade pós-dissolução da sociedade conjugal possibilitam o afloramento de questões ligadas aos papéis tradicionalmente destinados à mulher e ao homem¹²⁰, o cenário das questões relativas à guarda diante dessa situação de rompimento da sociedade conjugal, sob a perspectiva feminista, reafirma a precária condição da mulher na sociedade contemporânea, dadas as contradições da globalização¹²¹; que apesar do ficto discurso da neutralidade nas relações sociais e de trabalho, em nada modificou a histórica desigualdade que a subjuga com base no gênero¹²², e que correspondem a um processo de legitimidade social de difícil rompimento.¹²³

Mister destacar, que o que se pretende nesta monografia não é dizer que homens e mulheres são iguais, haja vista que se sabe que há diferenças, tanto é assim, que desconhecê-las pode levar à eliminação das próprias características femininas. O que se quer é mostrar que essas diferenças devem ser tratadas conforme o princípio constitucional da igualdade.¹²⁴ Desse modo, pela inteligência de Muraro¹²⁵, para se discutir gênero é imprescindível considerar como as diferenças foram construídas social e culturalmente, não bastando apenas constatar a sua existência. Segundo a autora, o conceito de gênero vai além da compreensão do feminino e do masculino como sexo biológico tomado em si, pois há que se analisar, de outro lado, como essas diferenças estabeleceram as relações de dominação entre os sexos bem como a forma como se elaboraram os distintos papéis atribuídos a cada categoria.

¹¹⁹ AMARAL, Aline Marchi do. **Os diálogos internacionais sobre migrações na perspectiva de gênero**. 2015. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. p. 29.

¹²⁰ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e, *op. cit.*, p. 23.

¹²¹ GIOVANNI, Julia Ruiz Di. Feminização. In LAGRASTA NETO, Caetano (Coord); SIMÃO, José Fernando (Coord) et al. **Dicionário de Direito de Família, volume 1: A-H**. São Paulo: Atlas, 2015. Consultoria: Sidnei Agostinho Beneti. p. 421.

¹²² AMARAL, Aline Marchi do. **Os diálogos internacionais sobre migrações na perspectiva de gênero**. 2015. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. p. 29.

¹²³ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. **Parentalidade em tempo de mudanças: desvelando o envolvimento parental após o fim do casamento**. 2007. 102 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=839>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 19.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 95.

¹²⁵ MURARO, Rose Marie; BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino: Uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002. p. 17-18.

A filósofa Butler¹²⁶, através de seus contundentes questionamentos, aprofunda e amplia o entendimento a respeito das questões de gênero, dizendo que “se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos”.

Diante dessa constatação, e conforme a interpretação de Silva¹²⁷, a distinção entre sexo e gênero advém da “falaciosa” certeza de que a anatomia é o destino do ser humano, não podendo, portanto, pensar os corpos e a sexualidade de forma “a-histórica”: o gênero, nesse sentido, seria uma interpretação múltipla do sexo, a despeito de parecerem morfologicamente binários. Ademais, para a autora, “toda relação envolve uma vinculação com o poder ou de poder”; mas, em não havendo espaço para resistência, sequer pode-se falar em relação, quanto mais em tipos de relação, como a de dominação-exploração homem/mulher, que a seguir será detalhada.

Essa relação de dominação-exploração das mulheres pelos homens, segundo os estudos de Saffioti¹²⁸ sobre relações sociais de sexo, é uma construção social, que deu origem, inclusive, ao patriarcado, que há muito tempo vem delineando as relações familiares. Esse modelo patriarcal de sociedade, de acordo com Beauvoir¹²⁹, dá-se da seguinte forma: todas as concepções que temos sobre família bem como sobre o papel que cada indivíduo deve ter dentro do corpo familiar, são conceitos que foram construídos socialmente e que influenciam a sociedade até os dias de hoje que, por diversos fatores, deram-se de modo a submeter a mulher a dominação-exploração do homem, em um sistema de total hierarquia entre os sexos, em que o homem, naturalmente tem mais poder do que a mulher.

Para Silva¹³⁰, “o conceito de gênero engloba atitudes e comportamentos de homens e mulheres que precisam ser desmistificados em relação à atribuição de papéis, à hierarquia e ao exercício do poder”, uma vez que não se trata meramente de uma identidade que as crianças

¹²⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

¹²⁷ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 30.

¹²⁸ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 44.

¹²⁹ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. Tradução de: Sérgio Milliet. p. 699.

¹³⁰ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 28-29.

aprendem desde a sua existência, mas sim de um sistema institucionalizado de práticas sociais que classificam as pessoas nas “categorias” homem e mulher, de modo a operacionalizar relações sociais desiguais com base na diferença.

Butler¹³¹, ao refletir sobre a hierarquia e as formas de poder existentes entre masculino e feminino como um ideal regulador, entende a questão de gênero como resultado de repetições constitutivas que impõem efeitos substancializantes, e não como expressão de uma essência interna, ou seja, é fruto de uma construção social, pois se não fosse, o “eu” já emergiria naturalizado, sujeito e subjetivado pelo gênero, o que não acontece. Em razão dessa postura de hierarquização entre homem e mulher, passivamente aceita e culturalmente imposta, durante tantos séculos, foram estabelecidos papéis para as funções parentais levando-se em conta o gênero¹³²: o marido, provedor e chefe da família, cuja atuação se dá no âmbito público, e a esposa cabe essencialmente às atividades na esfera privada, sendo destinada aos cuidados com a prole.¹³³

Vale ressaltar que, a mulher permaneceu submetida a uma série de regras, que só vieram a ser questionadas posteriormente, em decorrência das várias mudanças, como a crescente integração da mulher no mercado de trabalho, o aumento dos divórcios e o respectivo surgimento das diversas formas de organização da família (diferentes da tradicional família nuclear), bem como do movimento feminista.¹³⁴ Houve, inclusive, apesar de pequenas e não tão significativas, transformações nos papéis de gênero – e parentais – que entram em coalisão com a ideia de hierarquia, considerada legítima e tida como natural, que sobrepunha o marido à mulher.¹³⁵

Friedan¹³⁶, a partir de sua construção teórica sobre “mística feminina” – a qual afirma que o valor mais alto e o compromisso único da mulher é a realização de sua feminilidade –, que de modo algum inferioriza a natureza da mulher com relação à do homem (que em alguns aspectos pode até ser superior), diz que a “raiz do problema feminino no passado, é que as

¹³¹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

¹³² SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e, *op. cit.*, p. 25.

¹³³ CORIA, Clara. **O sexo oculto do dinheiro: formas de dependência feminina**. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1996. Tradução de: Graciela Rodriguez. p. 101.

¹³⁴ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 25.

¹³⁵ AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; BRAGA, M. G. R. **Uma redescritção de família e a função paterna**. Encontro: Revista de Psicologia. UNIA – Centro Universitário de Santo André. 9 (10), jul-dez, São Paulo, 2004. p.24

¹³⁶ FRIEDAN, Betty. **Mística Feminina**. Petrópolis, RJ: Vozes Limitada, 1971. Tradução de: Áurea B. Weissenberg. p. 40-41.

mulheres invejavam os homens, tentavam ser como eles, em lugar de aceitar sua própria natureza, que só pode encontrar realização na passividade sexual, no domínio do macho, na criação dos filhos, e no amor materno”. Segundo a autora, no entanto, a nova imagem que essa mística reveste a mulher é, também, aquela velha imagem, de submissão, em que sua ocupação era ser dona de casa, apenas. Assim, ao transformar àquela “esposa-mãe” (que nunca pode ser outra coisa, em modelo para todas as mulheres), em uma nova imagem de mulher, mais sofisticada, faz certos aspectos concretos tornarem-se finitos: a vida feminina, conforme era vivida pela antiga imagem das mulheres – limitadas, que estavam por necessidade os afazeres domésticos – é um padrão pelo qual deviam todas pautar-se, sob perigo de perder a feminilidade.

A relevância do tema para a construção desta monografia é evidente, haja vista que, os problemas de gênero são frequentemente enfrentados diante da ruptura da sociedade conjugal, momento em que há necessidade de debater as questões relativas à escolha do tipo de guarda dos filhos. Nessa situação, são observados comportamentos que denotam, em relação aos genitores, a presença de estereótipos e estigmas acerca dos papéis parentais.¹³⁷ A título exemplificativo, Brito¹³⁸ aponta que os primeiros estudos sobre a relação materno-infantil indicavam que enquanto o sexo masculino não era competente para os cuidados da prole, o sexo feminino, em sua essência, era dotado de “instinto maternal”, crença que justificou (e continua justificando) a preferência da concessão da guarda às mães.

Pela inteligência de Badinter¹³⁹, esse instinto materno surgiu ao término do século XVIII, a partir do conceito de “amor materno”, época em que a figura e os papéis destinados à mãe, passaram por profundas transformações: o amor materno passou a ser exaltado como um valor simultaneamente natural e social, passando as mulheres a serem extremamente valorizadas ao se tornarem mães. Conforme Silva¹⁴⁰, “na sociedade ocidental, o instinto maternal se constituiu como um determinismo biológico que estabeleceu lugares e criou estereótipos, entre os quais a crença de que só o amor materno saberia dosar os cuidados necessários ao desenvolvimento infantil”.

¹³⁷ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 25-26.

¹³⁸ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: Conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: R. C. Pereira (Org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 355-367.

¹³⁹ BADINTER, Elisabeth. **Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. Tradução de: Waltensir Dutra. p. 145-147.

¹⁴⁰ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e, *op. cit.*, p. 26.

Acontece que, em virtude de toda essa tradição construída social e culturalmente em considerar a genitora pessoa mais apta à proteção dos melhores interesses dos filhos, a crença na existência do “instinto maternal” teve e ainda tem grande peso nas decisões sobre a guarda de filhos que chegam ao judiciário, uma vez que ainda se encontra, não raras vezes, um discurso que reserva à mulher um papel primordial nos cuidados em relação à prole¹⁴¹: os Tribunais “consolidaram a premissa de que é sempre melhor para o filho ficar com a mãe do que com o pai; e que a este caberia zelar pela honra da família, fiscalizar a mãe em seus cuidados com a prole, devendo permanecer afastado das tarefas domésticas”.¹⁴²

Em contrapartida, Badinter¹⁴³ ressalta que nas sociedades ocidentais, os homens, recentemente, começaram a aprender o significado de ser pai, bem como o de fazer para os filhos o que as mulheres sempre fizeram no decorrer dos tempos, apagando-se pouco a pouco a linha que sempre separou os campos da maternidade e da paternidade, no tocante ao exercício das funções parentais, antes tão específicos e diferenciados um do outro. Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que os homens desejam não serem mais rotulados apenas como “pais-visitantes, provedores ou fiscais”, as mulheres não aguentam mais o fardo da responsabilização exclusiva pelos cuidados com a prole, movimento que está “produzindo novas formulações dos contratos conjugal e parental desvinculados dos estereótipos atrelados aos papéis de gênero”, influenciando os casais contemporâneos ao compartilhamento das funções, entre elas, a da guarda dos filhos.¹⁴⁴

Em decorrência dessas transformações sociais no âmbito familiar, diante do rompimento conjugal, fica inviável a presunção da guarda materna¹⁴⁵, devendo o judiciário acompanhar a redistribuição dos papéis na comunidade familiar¹⁴⁶, impondo a reconsideração

¹⁴¹ SIMIONI, Fabiane. **Igualdade e Reconhecimento no campo do direito de família brasileiro: um estudo sobre as demandas judiciais de guarda de crianças.** Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6786433-Igualdade-e-reconhecimento-no-campo-do-direito-de-familia-brasileiro-um-estudo-sobre-as-demandas-judiciais-de-guarda-de-criancas.html>>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹⁴² SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴³ BADINTER, Elizabeth. **Um é o outro.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 225

¹⁴⁴ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada.** 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 31.

¹⁴⁵ BRITO, Marielle. **Guarda compartilhada aumenta participação de pais na criação dos filhos.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-18/marielle-brito-guarda-compartilhada-aumenta-participacao-pais>>. Acessado em: 21 mar. 2016.

¹⁴⁶ TREDINNICK, André Felipe A. C.. **Guarda compartilhada: o princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil.** 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1073/Guarda+compartilhada:+o+princípio+da+igualdade+dos+cônjuges+na+inteligência+do+inciso+V+do+artigo+1.634+do+Código+Civil>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

dos parâmetros vigentes, que ainda não reservam espaço à igualdade parental.¹⁴⁷ Nesse viés, enquanto a guarda exercida de forma exclusiva e de presunção materna “está associada à organização de famílias na qual cabia à mãe o cuidado dos filhos e ao pai o sustento”, a sua modalidade compartilhada, está associada à organização familiar do ex-casal que procura contribuir para o bem-estar da prole, garantindo o direito de convivência familiar aos filhos.¹⁴⁸ Assim, considerando que os papéis parentais não se dissolvem com a quebra do vínculo conjugal e que a responsabilidade parental deve ser guiada pelos princípios constitucionais da isonomia entre os genitores e do melhor interesse da criança, a modalidade de guarda que melhor atende esses preceitos é a compartilhada.¹⁴⁹

¹⁴⁷ LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a guarda compartilhada.**

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁴⁸ SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 16-17.

¹⁴⁹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 152-154.

2 AVANÇOS E RETROCESSOS NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA COM RELAÇÃO A GUARDA COMPARTILHADA

No presente capítulo serão trabalhados os avanços e os retrocessos, tanto da doutrina como da jurisprudência do Judiciário gaúcho, sobre a questão da aplicação da guarda compartilhada nas situações em que inexistente consenso entre as partes diante do rompimento do vínculo marital, em atenção à igualdade de gêneros e ao melhor interesse das crianças e adolescentes. Para tanto, buscou-se, a partir da leitura da vasta bibliografia, compreender a relação entre poder familiar, rompimento da sociedade conjugal e guarda dos filhos na evolução do direito de família brasileiro.

Igualmente, diante do já demonstrado panorama legal do direito de família no Brasil sob a perspectiva da guarda, bem como da doutrina de gênero já abordada, que contribui para o entendimento da relação de submissão entre homem/mulher no ambiente familiar, tratar-se-á aqui: primeiramente da guarda compartilhada e do poder familiar face aos novos modelos de família (2.1) para, na sequência, identificar e analisar as argumentações dadas pelo Judiciário gaúcho, ao aplicar ou não a modalidade de guarda conjunta aos litígios envolvendo separações conjugais, divórcios, dissoluções de união estável e guarda, com especial enfoque para a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2.2) e, por fim, observar o entendimento doutrinário a respeito do compartilhamento de guarda como regra, mesmo nos casos em que a beligerância predomina entre os genitores, como forma de garantir o exercício da coparentalidade.

2.1 GUARDA E PODER FAMILIAR FACE AOS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

No contexto histórico-evolutivo do direito de família, o poder familiar (antigamente conhecido na expressão em latim como, *patria potestas*) é um instituto de grande importância para a compreensão da família contemporânea brasileira, haja vista que sempre foi bastante presente ao longo da história do homem civilizado. No entanto, até atingir a contemporânea concepção e terminologia de poder familiar, dada pelo Código Civil de 2002, conforme Silva¹⁵⁰, sua trajetória não foi linear, muito menos justa, demandando, inclusive a mudança de alguns paradigmas.

¹⁵⁰ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica

Esse instituto, segundo Santos Neto¹⁵¹, sempre foi baseado nas relações de poder em que há profunda desigualdade entre os indivíduos do corpo familiar, haja vista que “a própria origem da palavra *pater* é indicativa dessa relação de domínio e precedência”. Para o autor, o poder familiar adivinha de uma ideia de autoridade, de dignidade majestosa. Já, segundo Elias¹⁵², pode-se “definir o pátrio poder como um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”.

Observa-se, nesse sentido, que se trata de um conceito pouco conhecido e compreendido fora do âmbito de atuação dos operadores do Direito da área de família. E, apesar das pessoas ainda comumente empregarem o termo poder familiar numa conotação de posse individual e exclusiva da guarda do filho¹⁵³, atualmente, o seu conceito não pode se limitar apenas à noção de uma prerrogativa privativa dos pais determinarem sobre a vida de seus filhos de acordo com seus próprios interesses.¹⁵⁴

Nessa perspectiva, para melhor entender o instituto, atualmente denominado poder familiar, seu conceito e características, importante pontuar seus marcos evolutivos até os dias atuais, para então, posteriormente fazer a sua interseção com o dever de guarda dos filhos em uma situação de término da sociedade conjugal.

Pela inteligência de Santos Neto¹⁵⁵, o *pater familias* era o senhor absoluto do lar, estando a ele exclusivamente submetidos todos os entes que integravam o grupo doméstico, sendo enorme a sua gama de poderes. A figura do *pater familias*, a título exemplificativo, segundo Venosa¹⁵⁶, não se restringia à chefia do núcleo familiar somada a sua influência sobre outros membros da família e agregados, mas, seu papel, transcendia a esse ambiente íntimo, pois assumia, inclusive, uma função política e religiosa. Ademais, continua o autor, como em Roma, há época, a família representava unidade de sustentação da sociedade, a autoridade do *pater* era essencial para preservar o grupo familiar unido, como célula fundamental do próprio Estado. Perceptível, portanto, seu prestígio e influência social.

de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 47.

¹⁵¹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1994. p. 17.

¹⁵² ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6.

¹⁵³ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 47.

¹⁵⁴ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

¹⁵⁵ SANTOS NETO, José Antonio de Paula, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 295.

Inicialmente somente o *pater*, tinha arbítrio de exercer o poder familiar, possuindo domínio total sobre a família e, também, sobre todo o patrimônio da mesma. A família, nessa senda, delineava-se no regime patriarcal, em que a autoridade plena sobre tudo e todos, por óbvio, era o *pater famílias*.¹⁵⁷ Observa-se que o poder familiar era exercido apenas pelo pai, de forma incontestável, ficando a mãe como mera espectadora.¹⁵⁸

Além disso, a esposa, por muitos séculos, foi tida como reles serva do marido, sendo, inclusive, considerada como uma propriedade sua: literalmente usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas.¹⁵⁹ Essa forma de conceber e de organizar a família e a sociedade refletiu-se no desempenho dos papéis sociais assumidos pelo homem e pela mulher no seio familiar, que até hoje ainda são reforçados, nos quais durante muito tempo coube ao primeiro, a disciplina do antigo pátrio-poder (hoje poder familiar) e o domínio político-financeiro-social e à segunda, o cuidado da casa e da prole, ficando restrita ao mundo doméstico.¹⁶⁰

Contudo, e como será a seguir trabalhado, considerando que a realidade não é única nem estanque, mas sim multifacetada e multideterminada¹⁶¹, nas palavras de Abreu¹⁶², “os tempos mudaram e a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo um grande avanço na sociedade ao inserir no seu artigo quinto a igualdade entre homem e mulher, principalmente, em relação às responsabilidades parentais”, permitindo à mãe uma parcela desse poder familiar, que era exclusivo do varão.

Seguindo, todavia, a trajetória evolutiva do poder familiar, vieram depois, as Ordenações Filipinas, que preservaram, com relação a esse poder, o mesmo cunho romano, sendo, portanto, o poder familiar, exercido exclusivamente pelo homem e nunca pela mulher. No Brasil, há época, eram essas as regras familiares, tendo em vista ser o país colônia de Portugal. Contudo, a evolução natural da sociedade brasileira acarretou algumas transformações nas relações sociais e familiares, fazendo com que esse sistema rígido do *pater potesta* não mais satisfizesse a nova realidade. Foi nessa perspectiva que o Código Civil

¹⁵⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 15.

¹⁵⁸ ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada: priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal**. 2003. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio Econômico. Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/114439>>. Acesso em: 16 out. 2016. p.25.

¹⁵⁹ SILVA, Ana Maria Milano. *op. cit.*, p. 16

¹⁶⁰ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. **Parentalidade em tempo de mudanças: desvelando o envolvimento parental após o fim do casamento**. 2007. 102 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=839>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 18-19.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶² ABREU, Francielle Seemann, *op. cit.*, p. 25.

organizou o poder familiar de forma que não fosse completamente discricionário, mas sim exercido dentro das normas éticas, segundo os interesses morais dos filhos.¹⁶³

Para Santos Neto¹⁶⁴, no entanto, o poder familiar (há época, pátrio poder) continuava sendo exclusivo do pai, uma vez que o grau de participação materna no poder familiar, de modo que a mulher pudesse exercê-lo de forma simultânea ao pai só veio a ser introduzido no Brasil tardiamente, a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/42) e, mesmo assim foi de vigência transitória. Assim, a questão da igualdade entre homens e mulheres com relação ao exercício do poder familiar, para o referido autor, só veio a ser realmente implementada recentemente, em 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando pai e mãe foram absolutamente equiparados no exercício do poder familiar, podendo, inclusive, recorrer à autoridade judiciária em caso de divergência.

Isso porque, a Lei nº 4.121/42, conferiu à mãe apenas a condição de colaboradora do pai no exercício do poder familiar, tornando-se titular dos encargos parentais somente em 1977, por meio das determinações da Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), encargos esses que persistiriam mesmo após o término do vínculo conjugal. Em 1988, por fim, a Constituição Federal, juridicamente, ao menos, não deixou mais que se manifestassem as desigualdades entre homens e mulheres, ou seja, entre genitor e genitora, prevalecendo uma atuação conjunta e igualitária da autoridade parental, suprimindo a exclusividade do homem com relação aos poderes familiares, bem como, o título de mera colaboradora da mulher.¹⁶⁵

Importa ressaltar, como já previamente explorado, que desde a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente se tem tentado, legislativamente, equiparar os pais no contexto do exercício do poder familiar, disciplinado no artigo 1.634 do Código Civil¹⁶⁶, que estabelece a competência dos pais quanto à pessoa dos filhos, independente do vínculo marital. Da mesma forma, também o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶⁷ traz o sustento, a guarda e educação dos filhos e acrescenta a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.¹⁶⁸ Por essa razão verifica-se que a Constituição de 1988 e as Leis nº 8.069/90 e nº 6.515/77 eliminaram a subordinação da mulher com relação ao homem, além

¹⁶³ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1994. p. 42-44.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 46-47.

¹⁶⁵ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 20.

¹⁶⁶ Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos.

¹⁶⁷ Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹⁶⁸ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25-26.

de extinguirem, como o já mencionado, a validade da expressão “durante o casamento”, existente no Código Civil de 1916, pois o poder familiar do pai e da mãe independe de casamento.¹⁶⁹

Por outro lado, para Oliveira¹⁷⁰ a denominação “poder familiar” ainda conserva uma carga de supremacia e comando que não se coaduna com o seu verdadeiro sentido, vez que os pais têm, com relação aos filhos, não só poder, mas também relevantes deveres relativos à guarda, sustento e educação. Para o autor, em vez de poder, melhor seria denominar essa relação paterno-filial de “autoridade parental”.

Pelo entendimento de Fiterman¹⁷¹, essa carga de supremacia e comando do poder familiar é originária do Direito Civil Clássico que, há época, diante de uma sociedade que se perfectibilizava através de uma concepção hierarquizada e patriarcal na condução do homem através do casamento, bem como tinha como princípio essencial e basilar a patrimonialização das instituições familiares, no que diz respeito ao reconhecimento de sujeitos de direitos no plano das relações familiares, evidente que a condição desse sujeito se resumia tão somente a um ser abstrato que compreendia todas essas qualidades. Condição essa que confronta com os valores sociais contemporâneos ora contemplados e reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

Diante dessas constatações, é possível perceber, conforme afirma Levy¹⁷², que o papel que as crianças e os adolescentes, ou seja, os filhos do casal passavam a ocupar era mais como condição de objeto de direitos dos seus próprios pais do que sujeito de direitos. Isso porque, quando do fim da relação marital do casal os filhos passavam a um segundo plano, servindo de objeto de disputa entre os ex-cônjuges, segundo interesses dos mesmos.

Todavia, no Direito de Família contemporâneo, de acordo com a compreensão de Lôbo¹⁷³ a respeito da disposição do artigo 1.634 do Código Civil¹⁷⁴, o legislador se preocupou mais com os direitos, entre os direitos-deveres que constituem o poder familiar. Nesse mesmo

¹⁶⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 21.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de família no novo Código Civil**. 2003. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=727>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹⁷¹ FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 94/95.

¹⁷² LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). **Código Civil comentado: direito de família, relação de parentesco, direito patrimonial**, arts. 1591-1693. São Paulo: Atlas, 2003, p. 237. v. XVI.

¹⁷⁴ Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos.

sentido, também para Gramstrup e Tartuce¹⁷⁵, o poder familiar configura-se na atualidade como poder-dever, vez que, compreende, de um lado, o exercício reconhecido de um direito potestativo e, de outro, consiste no preenchimento de uma série de deveres pessoais e de caráter patrimonial, sempre objetivando atender aos interesses das crianças e adolescentes.

Ainda, para Tredinik, “o melhor interesse da criança e do adolescente sempre corresponderá ao produto do diálogo permanente entre os genitores, ao direito da criança à convivência familiar e ao seu saudável desenvolvimento psicoemocional”.¹⁷⁶ Tanto é assim que, segundo Costa Filho¹⁷⁷, é “na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente que reside a função social da autoridade parental. Isso porque o princípio da dignidade humana se projeta sobre o poder-dever de promover a educação dos filhos”, sendo, portanto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente o balizador do exercício da autoridade parental.

Nessa perspectiva, observa-se que foi a Constituição Federal (artigos 5º, I, e 226, § 5º, e 229), e o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 21) que determinaram a igualdade jurídica entre os genitores no exercício do poder familiar, eliminando a subordinação da mulher frente ao homem; que o seu exercício independe do casamento e; deve ser norteado pelo princípio protetor do interesse das crianças e adolescentes.¹⁷⁸ Assim, segundo Leivas¹⁷⁹, percebe-se que, em seu aspecto atual, o poder familiar não pode ser maior para um ou outro cônjuge, mesmo após o rompimento do relacionamento conjugal, que devem, em igualdade de direitos, exercer seus papéis de educadores na criação de seu filho, para que ele não seja prejudicado nem mesmo seja objeto de disputa quando da ruptura da relação conjugal.

¹⁷⁵ GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Cord.) et al. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁷⁶ TREDINNICK, André Felipe A. C.. **Guarda compartilhada: o princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1073/Guarda+compartilhada:+o+princípio+da+igualdade+dos+cônjuges+na+inteligência+do+inciso+V+do+artigo+1.634+do+Código+Civil>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

¹⁷⁷ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Função social da autoridade parental: algumas considerações**. Disponível em:

<https://www.academia.edu/875312/Fun%C3%A7%C3%A3o_social_da_autoridade_parental_algumas_considera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 14 set. 2016. p. 15.

¹⁷⁸ SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogerio Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. Disponível em:

<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5_A_VIABILIDADE_DA_APLICAÇÃO_COERCITIVA_DA_GUARDA_COMPARTILHADA_NOS_PROCESSOS_LITIGIOSOS.PDF>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁷⁹ LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar Leivas; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada**. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

Nesse viés, em suma, com o passar dos tempos, o poder paternal ficou restrito às leis, passando de poder para dever, exigindo o conseqüente acompanhamento da legislação brasileira no que concernem as novas concepções e arranjos familiares. A ambos os pais (não só mais exclusivamente ao genitor) foi repassado o dever de educar seus filhos e administrar ou colaborar na administração dos bens dos mesmos, seja na constância ou não do relacionamento conjugal.¹⁸⁰

A relevância do tema, no Direito brasileiro é evidente, principalmente para a compreensão do objeto da presente pesquisa, tendo em vista que o dever de guarda dos filhos encontra-se interligado ao poder familiar.¹⁸¹ De acordo com Silva¹⁸², muito embora seja frequente a acumulação da guarda e do poder familiar nas mesmas pessoas, é satisfatoriamente possível a sua separação, pelo simples fato de o poder familiar decorrer do *status* de pai ou mãe. Pode, portanto, conforme a autora referida, uma pessoa deter a guarda sem ser titular do poder familiar e ser titular desse poder sem deter a guarda.

Cabe destacar que o dever de guarda, conforme o entendimento de Silva¹⁸³, “representa o cerne do exercício da autoridade parental porque, no momento em que é assumida, passa a impor aos pais ou guardiões (substitutos dos pais) a prestação de assistência material, psicológica e educacional aos filhos ou tutelados”. A guarda de filhos, objeto desta monografia, é aquela denominada compartilhada ou conjunta e, nesta pesquisa, como o já explanado, será abordada no peculiar contexto da dissolução da sociedade conjugal.

O término da sociedade conjugal, conforme Diniz¹⁸⁴ dá-se de três formas: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, e pelo divórcio. Percebe-se, assim, segundo a autora, que “pode haver o rompimento da sociedade conjugal sem o do vínculo matrimonial, mas toda dissolução do vínculo acarreta, obrigatoriamente, a da sociedade conjugal”.

Nesse sentido, partindo do fato que o divórcio, há muito tempo, deixou de ser um fenômeno de exceção, tornando-se quase um acontecimento do cotidiano das famílias, o número famílias monoparentais tem aumentado gradativamente, e cada vez mais casais buscam alternativas para solucionar todas as questões envolvidas diante do rompimento da

¹⁸⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 15.

¹⁸¹ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 54.

¹⁸² SILVA, Ana Maria Milano, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸³ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5 . São Paulo: Ed. Saraiva, 2000. p. 202.

relação conjugal, como a parentalidade após o rompimento do relacionamento, quando há prole em comum. Nesse momento, as regras parentais precisam ser redefinidas, ou mesmo definidas, haja vista a implicação direta na relação coparental.¹⁸⁵

Com as alterações na estrutura familiar e considerando as mudanças da realidade familiar no sentido do crescente envolvimento e participação de ambos os pais nas relações com seus filhos, é certo que se procuram novas alternativas capazes de assegurar aos pais uma participação mais equitativa da autoridade parental, sendo uma destas formas a guarda compartilhada.¹⁸⁶ A guarda conjunta “ratifica a igualdade entre pai e mãe, sem levar em conta os estereótipos dos papéis parentais. Contudo, o aspecto de maior relevância nesta modalidade de guarda é que ela estimula a preservação da parentalidade”¹⁸⁷, possibilitando o exercício da coparentalidade mesmo não mais havendo relacionamento marital.

Para melhor entendimento, em breve síntese, o termo “coparentalidade” (*coparenting*) existe desde a década de setenta. Há época, referia-se aos aspectos do divórcio que se relacionavam com os filhos. Recentemente, entende-se coparentalidade como o nível de interação que os ex-cônjuges têm um com o outro e como decidem questões da vida dos filhos, numa responsabilidade conjunta pelo bem-estar destes.¹⁸⁸

Em contrapartida, não é de se duvidar, que, na grande maioria dos divórcios ou dissoluções das uniões estáveis, os genitores encontram dificuldades de diálogo, resultante de desentendimentos, mágoas, dentre outros fatores¹⁸⁹, fato que complica a manutenção de um relacionamento coparental saudável.¹⁹⁰ No entanto, segundo Gimenez¹⁹¹, “reconhecer que a guarda não poderia ser compartilhada nas situações de dissenso, seria o mesmo que permitir um sufrágio da guarda unilateral, em detrimento dos interesses de nossas crianças que necessitam e, por isso mesmo, têm o direito de conviver com seus dois genitores”.

¹⁸⁵ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. **Parentalidade em tempo de mudanças**: desvelando o envolvimento parental após o fim do casamento. 2007. 102 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=839>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 59-60.

¹⁸⁶ ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada**: priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal. 2003. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio Econômico. Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. p. 23.

¹⁸⁷ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 66-67.

¹⁸⁸ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁹ GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilhada e a igualdade parental**. 2014. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=A_guarda_compartilhada_e_a_igualdade_parental&id=574>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹⁹⁰ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹¹ GIMENEZ, Angela, *op. cit.*

Nesse mesmo sentido, para Levy¹⁹², tanto o texto constitucional como o Estatuto da Criança e do Adolescente são meios de comprovar a licitude do novo modelo de guarda, a compartilhada, vez que, ambos os ordenamentos, ao preverem absoluta igualdade entre o homem e mulher, em especial no que toca aos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, reclamam uma paternidade responsável. Dispondo, também, sobre a proteção integral das crianças e adolescentes, impõem à família, o dever de assegurar à criança uma convivência familiar, mesmo diante do rompimento do vínculo conjugal, determinações essas que, sem dúvidas, são melhores atendidas com a aplicação da guarda na modalidade compartilhada.

Dessa forma, apesar das dificuldades de comunicação ou mesmo da falta de consenso entre os pais diante do rompimento da relação conjugal, para a própria definição do termo coparentalidade, independente da avaliação de sua qualidade, é necessária a presença de duas pessoas envolvidas e responsáveis pela educação dos filhos, o que, atualmente, só é possível com a aplicação da guarda compartilhada.¹⁹³

2.2 GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA NOS CASOS DE LITÍGIO COMO EXERCÍCIO DA COPARENTALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS

A família brasileira, em breve síntese, como já esmiuçado, vem passando por uma série de transformações ao longo dos anos - sociais, culturais, políticas, econômicas e familiares - as quais estão modificando a sua dinâmica, bem como a sua própria estrutura, dado o crescente número de divórcios, fator bastante relevante se o casal que rompe o vínculo marital tiver filhos em comum. Isso porque uma das questões que envolve maior responsabilidade dos pais, segundo Abreu¹⁹⁴, seja antes, durante e após a dissolução do relacionamento conjugal, diz respeito à guarda da prole comum do casal.

Diante dessas transformações, cabe destacar, como já explorado, que se fez necessário à revisão dos conceitos engessados dados a família, inclusive dos modelos de

¹⁹² LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁹³ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. **Parentalidade em tempo de mudanças: desvelando o envolvimento parental após o fim do casamento**. 2007. 102 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=839>. Acesso em: 08 out. 2016. p. 65.

¹⁹⁴ ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada: priorizando o interesse do(s) Filho(s) após a separação conjugal**. 2003. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio Econômico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/114439>>. Acesso em: 14 out. 2016.

responsabilidade parental que, conforme visto previamente, um deles é o da guarda compartilhada, cujo surgimento de forma expressa na legislação brasileira só se deu no ano de 2008, de maneira subsidiária e facultativa, tornando-se a regra no ordenamento jurídico em dezembro de 2014.¹⁹⁵ Esse modelo, também de acordo com o referido nos capítulos anteriores, busca privilegiar sempre os melhores interesses das crianças e dos adolescentes, após o rompimento da relação conjugal, possibilitando que ambos os pais continuem participando e dividindo as responsabilidades referentes a seus filhos, funcionando como um suporte social para o exercício conjunto dos papéis parentais, suprimindo aquela ideia de haver um genitor principal e outro secundário.¹⁹⁶

Cabe ressaltar, ainda, que a mudança na legislação brasileira, instituindo um novo modelo de guarda, se deve a vários fatores, dentre eles os contundentes pedidos daqueles que não detinham a guarda de seus filhos, bem como as diferentes investigações efetuadas a respeito dos desdobramentos da dissolução conjugal para pais e filhos, o que incluía, basicamente, a análise de disposições de guarda. Ademais, não se pode deixar de referir que, a partir da nova disposição legal, a guarda compartilhada pode ser aplicada havendo ou não consenso entre os pais, vez que é a regra no direito brasileiro desde a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, assim como dispõe o §2º do artigo 1584¹⁹⁷ do Código Civil.¹⁹⁸

Contudo, segundo Brito e Gonsalves¹⁹⁹, nas discussões acerca do assunto nota-se que, enquanto para alguns autores, a aprovação da lei que regulamenta a guarda conjunta retrata um grande avanço no sentido de seccionar a conjugalidade e parentalidade, permitindo que ambos os pais sejam responsabilizados pela educação de sua prole, independente de consenso entre os genitores; para outros, “somente casais que dispõem de diálogo poderão executá-la a contento, vez que seu requisito essencial é decidirem, de comum acordo, sobre todas as questões que envolvem a vida dos filhos”.²⁰⁰

¹⁹⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 85.

¹⁹⁶ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 67.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ BRITO, Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 9, n. 1, p.299-317, jan. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20925>>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹⁹⁹ *Idem*.

²⁰⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 99.

Pelo entendimento de Pereira²⁰¹, em breve síntese, visto que essa discussão será explanada com maior riqueza de detalhes no subcapítulo que segue, tal divergência ainda é fruto da equivocada interpretação dada à expressão “sempre que possível” do §2º do artigo 1584²⁰² do Código Civil (redação dada pela Lei 11.698/08, mas que já foi alterada pela Lei 13.058/2014, mas ainda traz reflexos atualmente), no sentido de que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores. No entanto, para o autor a lei jurídica seria exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo ou mesmo sobre a guarda da prole, vez que, os filhos de pais que se entendem sequer precisariam de normas para regulamentar determinada situação, pois compartilham, naturalmente, o cotidiano dos filhos.

Além disso, no estudo da temática, se observa que, para além dos doutrinadores, a jurisprudência brasileira também não é pacífica com relação à aplicação do instituto da guarda compartilhada, divergindo quanto a sua aplicação quando não há consenso entre os genitores após a dissolução do vínculo conjugal. Desse modo, objetivando apresentar a compreensão especificamente do Poder Judiciário gaúcho, sobre o tema em apreço, optou-se por pesquisar a jurisprudência emitida pelas Câmaras Cíveis (7ª e 8ª) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), visando circunscrever argumentos que sustentam tais acórdãos.

Optou-se por examinar determinado Tribunal, pois se observou, quando da realização de pesquisa bibliográfica sobre o tema, que esse foi um Estado bastante representativo no que diz respeito às discussões levadas a termo desde o surgimento Lei 11.698/2008 que inseriu a modalidade da guarda compartilhada no direito brasileiro e que, por esse motivo, nesses quase dois anos da Lei nº 13.058/2014, que tornou a modalidade regra no ordenamento jurídico brasileiro, poderia ter decisões com fundamentações relevantes para a referida pesquisa.

Desse modo, na investigação que se realizou, foi empreendida a busca de julgados nas páginas eletrônicas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, empregando-se a expressão “guarda compartilhada”. Por meio dessa busca, foram coletados os julgados com decisões prolatadas no período entre 23 de dezembro de 2014 – quando entrou em vigor a Lei Federal nº 13.058/2014, que regulamenta a aplicação dessa modalidade de guarda, fazendo-lhe ser a regra no direito brasileiro – e 23 de setembro de 2016, data em que se deu o início a presente pesquisa.

Cabe esclarecer, antes de colacionar os dados encontrados, que a jurisprudência estudada se refere a ações de modificação e regulamentação de guarda e a solicitações de

²⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

²⁰² Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

aplicação da guarda compartilhada e de revogação desta. Frisa-se, também, que os acórdãos foram, em sua maioria, analisados na íntegra, não sendo feito esse mesmo tipo de verificação apenas naqueles que a própria ementa deixava claro não tratar de guarda compartilhada e/ou sequer ter relação com o direito de família e/ou não ser conhecidos em razão de intempestividade. Ademais, no presente trabalho, não se pretendeu descobrir verdades imutáveis, mas sim ampliar a reflexão sobre as questões debatidas no TJ/RS, que vem aplicando a modalidade de compartilhamento de guarda sempre que o relacionamento do casal posterior à quebra do vínculo marital assim autorize e desde que atenda ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nessa perspectiva, neste capítulo, buscar-se-á identificar e analisar as argumentações dadas pelo Judiciário gaúcho, ao aplicar ou não a modalidade de guarda conjunta aos litígios envolvendo separações conjugais, divórcios, dissoluções de união estável e guarda, tendo em vista que o enfoque da presente monografia é a aplicação da guarda compartilhada nos casos de litígio como elemento essencial para o exercício da coparentalidade, em respeito aos princípios civis-constitucionais, em especial a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente e o da isonomia entre os cônjuges.

Assim, tendo como base os dois modelos de guarda expressamente na legislação civil brasileira, unilateral e compartilhada, e em especial as alterações trazidas pela Lei nº 13.058/2014, anteriormente explanadas, partindo da pesquisa na jurisprudência do TJ/RS supramencionada, indaga-se: a regra da guarda compartilhada está sendo aplicada pelos julgadores mesmo nos casos de litígio, como modo de exercício conjunto do poder familiar sob a perspectiva dos princípios da igualdade entre homens e mulheres e do melhor interesse da criança e do adolescente? Em caso positivo, como isso é encontrado nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), no último um ano e nove meses, frente à comprovada preferência, social e culturalmente construída, pela guarda materna, até hoje ainda em voga?

A fim de responder tais questionamentos, utilizou-se, aqui, de duas abordagens: quantitativa e qualitativa. Na abordagem quantitativa, preocupou-se em verificar a existência e a intensidade numérica de decisões judiciais do TJ/RS, no período total de um ano e nove meses, sobre a aplicação da guarda compartilhada ainda que presente o litígio no relacionamento conjugal em rompimento. Já na abordagem qualitativa, importou analisar o posicionamento dos operadores do direito sobre a sua aplicação ou não nos julgados relacionados à problemática aqui abordada, qual seja, o compartilhamento nos casos em que a beligerância faz-se presente no estabelecimento da guarda das crianças e adolescentes. Assim,

a partir da análise dos dados com o termo “guarda compartilhada”, foi elaborada a seguinte tabela.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (pesquisa em 23 de setembro de 2016)							
Decisões	Argumento de Pesquisa/Tipo de decisão	Acórdãos	7ª Câmara Civil	8ª Câmara Cível	Litígio	Consenso	Guarda unilateral materna
Não favoráveis à guarda conjunta (Total = 156)	Ocorrência de litígio entre o ex-casal	48	32	16	48	-	110
	Inexistência de motivo e/ou conduta desabonadora do guardião	38	16	22	38	-	
	Mudança de rotina da criança	12	9	3	12	-	
	Moradias distantes	8	4	4	8	-	
	Crianças de tenra idade	13	12	1	13	-	
	Não serve para exonerar alimentos	5	1	4	5	-	
	Ampliação de visitas/convivência no lugar da guarda compartilhada	5	-	5	5	-	
	Prova técnica não recomenda (Assistente social)	7	2	5	7	-	
	Outros (ex.: guarda conjunta com avô para fins previdenciários; guarda conjunta com terceiros; situação especial; questão processual; desistência; homologação acordo anterior; etc.)	20	7	13	18	2	
Favoráveis à guarda conjunta (Total = 54)	Consenso; Beligerância por si só não impede a guarda conjunta; Criança deseja a guarda conjunta; Ambos os genitores são aptos ao exercício do poder familiar; Estudo social autoriza.	54	19	35	46	8	-
Acordos	Perda do objeto	9	5	4	-	9	-
Outros	Não tratam de guarda conjunta; não tem relação com o direito de família; intempestividade	75	-	-	-	-	-

Tabela: pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS)

Nesse sentido, para responder tais questionamentos, algumas observações devem ser feitas a partir dessa quantificação. Primeiramente, foi localizado a totalidade de 294 acórdãos,

sendo 219 os julgados nos quais foi feita menção a essa modalidade de guarda e que tiveram, portanto, suas ementas apreciadas de acordo com o referencial da análise de conteúdo. Os outros 75 julgados, não foram analisados pelo fato de não abordarem sobre o tema da guarda conjunta aqui proposto, como já referido acima.

Salienta-se, ainda, que, dos 219 acórdãos que versaram sobre a guarda compartilhada, em 9 foi constatado que as partes entabularam acordo e, portanto, evidente a perda do objeto do recurso. Dos 210 julgados restantes, a grande maioria, 156 deles, foi desfavorável a essa modalidade de guarda, sendo encontrados apenas 54 favoráveis à guarda compartilhada. E, desses considerados favoráveis ao compartilhamento, 8 deles foram em razão de haver consenso entre as partes sobre a aplicação da guarda conjunta; e os outros 46, foram por meio de decisão judicial.

Feita essa breve exposição de dados, é perceptível a preferência do judiciário gaúcho pela guarda unilateral que, de acordo com a tabela elaborada, das 210 situações acima referidas, “favoráveis” e “desfavoráveis”, excetuando-se os “acordos” e “outros”, em percentual, 74,28% (setenta e quatro vírgula vinte e oito por cento) das decisões entenderam não ser possível a aplicação da guarda compartilhada, sendo apenas 25,71% (vinte e cinco vírgula setenta e um por cento) favoráveis ao compartilhamento. Ademais, constatou-se, também, que mais da metade dos argumentos contrários à guarda conjunta foram no sentido da impossibilidade da aplicação da modalidade compartilhada em razão de beligerância entre o ex-casal, bem como em função da inexistência de motivo para seu deferimento e/ou conduta desabonadora de um dos genitores, totalizando, aproximadamente 55,12% (cinquenta e cinco vírgula doze por cento) dos acórdãos.

A título exemplificativo de decisões do TJ/RS que têm relação com a matéria aqui trabalhada, no que diz respeito ao entendimento de impossibilidade de compartilhamento de guarda em razão de litígio entre as partes, acertado aqui colacionar a ementa da Apelação Cível interposta nos autos do processo nº 0104830-51.2016.8.21.7000, da comarca de Farroupilha:

APELAÇÃO CIVEL. DISPUTA DE GUARDA DE INFANTE. GUARDA COMPARTILHADA DEFINIDA EM SENTENÇA. GUARDA UNILATERAL PATERNA QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA PARA RESGUARDAR OS INTERESSES DA CRIANÇA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. O que se verifica, no caso, é que o único ponto em disputa com relação ao infante é justamente a definição do regime de guarda, uma vez que todos os demais aspectos já foram acordados. Quando se trata de questões desta natureza, deve sempre se ter em mente que não é uma ou outra modalidade de guarda que tem o condão de limitar os papéis parentais na vida do filho. Em verdade, embora tal aspecto tenha ficado em segundo plano, o fato é que as funções da paternidade e da maternidade

encontram disciplina no instituto do poder familiar, que não só dá as bases para a coparticipação parental, como também obriga os genitores aos deveres de assistência, criação e educação, de ordem constitucional. Ante a desarmonia entre os genitores e as dificuldades em organizar a convivência e a rotina do filho, o que já está estampado nos autos das duas ações de guarda, que somam 1.203 páginas de processo, não se recomenda o deferimento da guarda compartilhada, já tentada pelos genitores, no caso. Aliás, o presente caso é a comprovação prática do insucesso da guarda compartilhada quando não há diálogo entre os genitores. Aqui, ambos reconhecem isso, pois, após terem acordado guarda compartilhada, os dois a querem agora unilateral. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. Dada a ausência de harmonia entre os genitores e a necessidade de definir com segurança a situação do filho, a fim de afastar maiores prejuízos de ordem psíquica ao menino, que já se vê dividido entre os pais, conforme ressaltado em estudo social, não cabe determinar a guarda compartilhada, já tentada pelas partes e que redundou em fracasso admitido por ambos. Dessa forma, impõe-se seja concedida a guarda do infante ao pai, por deter melhores condições, no momento, para prestar os cuidados diários com relação ao filho, DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70068946367, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/07/2016). (grifo nosso).²⁰³

A supracitada cuida-se de recurso de apelação objetivando-se modificação da sentença proferida nos autos das ações de substituição de guarda, reciprocamente nos processos nº 048/1.14.0001396-5 e 048/1.13.0003986-5, relativamente ao filho do ex-casal, que manteve a guarda compartilhada fixada nos autos do divórcio, homologou o acordo obtido em audiência fixando a residência da criança na casa do pai e convivência materna, bem como alimentos em favor do infante a serem pagos pela genitora no valor de 1,5 salário mínimo nacional. Precisamente, o único ponto em disputa com relação ao infante foi justamente a definição do regime de guarda, uma vez que todos os demais aspectos foram acordados entre os genitores. Argumentou, o apelante, em síntese, que sempre foi um pai presente e a guarda unilateral definitiva é que seria mais adequada diante de todo o histórico de experiência negativa da guarda compartilhada, principalmente em razão da falta de consenso entre ele e sua ex-esposa nas deliberações com relação a vida do filho em comum.

Passível de destaque, na fundamentação da decisão proferida pelo relator do julgamento que argumentou que embora a Lei 13.058/2014 tenha determinado a

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70068946367. Apelante: R.L.R.. Apelado: G.G.. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Farroupilha, RS, 28 de julho de 2016. Farroupilha, 08 ago. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70068946367&num_processo=70068946367&codEmenta=6886215+Guarda+compartilhada+++inmeta:dj:dat erange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70068946367&comarca=Comarca+de+Farroupilha&dtJulg=28/07/2016&relator=Luiz+Felipe+Brasil+Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

obrigatoriedade da guarda conjunta, neste regime seria imperioso que os genitores conseguissem superar os próprios conflitos, uma vez que teriam de organizar o cotidiano do filho de forma conjunta, por meio do diálogo e das concessões mútuas, fazendo-se, portanto, no presente caso, necessária uma interpretação da Lei 13.058/2014 em conformidade à Constituição, em harmonia especialmente com o princípio do melhor interesse da criança (art. 227, CF/88). Sendo assim, segundo os motivos expostos nos autos do referido processo, dada a ausência de harmonia entre os genitores e a necessidade de definir com segurança a situação da criança a fim de afastar maiores prejuízos de ordem psíquica ao filho, não caberia determinar a guarda compartilhada que, nesse caso seria a comprovação prática do insucesso da modalidade quando não há diálogo entre os genitores.

Conveniente observar também que, de acordo com os dados expostos, além da preferência do Poder Judiciário gaúcho pela guarda unilateral, essa é, majoritariamente, deferida ou mesmo mantida com a genitora. Entre as decisões desfavoráveis à aplicação da guarda conjunta, independente da argumentação utilizada, 70,51% (setenta vírgula cinquenta e um por cento) optaram pela guarda materna.

Oportuno aqui colacionar, desse modo, a título exemplificativo, a ementa da Apelação Cível nº 70069766624, interposta na Oitava Câmara Cível do TJ/RS, oriunda da Comarca de Passo Fundo, a qual diz respeito ao indeferimento do pedido de guarda compartilhada com manutenção do *status quo*, qual seja o da guarda unilateral materna:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE GUARDA. ESTIPULAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO, NO CASO. Em que pese o disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), as particularidades do caso não autorizam a modificação do arranjo existente há muitos anos, para fins do estabelecimento da guarda compartilhada, tendo a prova técnica produzida na instrução desaconselhado a sua estipulação, em atenção aos superiores interesses do filho, que necessariamente devem prevalecer. **Manutenção da guarda unilateral materna.** APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069766624, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08/09/2016). (grifo nosso).²⁰⁴

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70069766624. Apelante: E.M.. Apelado: P.R.G.. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Passo Fundo, RS, 08 de setembro de 2016. Farroupilha, 12 set. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno_me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069766624%26num_processo%3D70069766624%26codEmenta%3D6948216+guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70069766624&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=08/09/2016&relator=Ricardo%20Moreira%20Lins%20Pastl&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

Do recurso supracitado é possível depreender-se que a questão controvertida, no caso, diz respeito à guarda do filho (12 anos de idade) das partes, que vem sendo exercida exclusivamente pela genitora desde o nascimento. O apelante sustenta, em suma, que possui plenas condições de exercer a guarda do filho em conjunto com a apelada, afirmando que a manutenção da sentença colabora para o agravamento do conflito havido entre os genitores, os quais, apesar da difícil comunicação, reconheceram a convivência paterno-filial em extenso período de tempo. Menciona, também, que o fato do filho ser fruto de um relacionamento extraconjugal, por si apenas, não pode justificar a supressão do seu direito de exercer a guarda, requerendo, assim, a alteração da modalidade para a forma compartilhada, vez que, conforme constado nos autos do processo não havia nenhum impedimento para tanto.

O que chamou a atenção neste julgado, no entanto, não foi apenas o indeferimento do recurso, mas sim, a fundamentação da decisão que manteve a guarda exclusiva materna, com a simplória justificativa de que se a mesma vem atendendo adequadamente aos superiores interesses do filho, não poderia ser alterada sem motivos relevantes. Diante dessa decisão, é possível visualizar a presença da questão social e cultural, já mencionada no capítulo anterior, de considerar a mulher pessoa mais apta aos cuidados com a prole, também no judiciário.

Pela inteligência de Pimentel²⁰⁵, o Poder Judiciário ainda é uma das instituições mais conservadoras da sociedade brasileira, bem como costuma manter posição discriminatória quanto aos gêneros masculino e feminino, persistindo nos julgados a tendência eminentemente protecionista, o que dispõe de dupla moral. Complementando, Dias²⁰⁶ refere que “nos processos envolvendo relações familiares é onde mais se vê que os avanços legislativos ocorridos nos últimos tempos não alteraram o discurso dos juízes”, sendo exatamente isso o que foi observado no acórdão supracitado, que julgou em desacordo com os princípios civis-constitucionais propostos pela Lei 13.058/2014, principalmente no que diz respeito à isonomia entre os cônjuges.

A relevância do tema no direito brasileiro é evidente haja vista que “o compartilhamento vem ao encontro dos mais elevados anseios sociais, sobretudo o das mulheres brasileiras, que há muito lutam pela co-responsabilidade paterna na criação dos filhos, para que possam desenvolver as outras áreas da sua vida com segurança”²⁰⁷. O grande

²⁰⁵ PIMENTEL, Silvia. et al. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 102.

²⁰⁷ GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilhada e a igualdade parental**. 2014. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=A_guarda_compartilhada_e_a_igualdade_parental&id=574>. Acesso em: 17 out. 2016.

problema, segundo Duarte²⁰⁸, é o fato de que, apesar do avanço legislativo no tratamento da custódia dos filhos em dissoluções conjugais, não só o Judiciário gaúcho, mas a Justiça brasileira como um todo ainda se mostra relutante em aplicar a modalidade de guarda conjunta em suas decisões, que, inclusive, de acordo com as estatísticas do IBGE, com dados de 2013 e 2014, “a guarda de filhos de pais divorciados continua sendo da mãe em 85,1% dos casos levados ao Judiciário. Ao mesmo tempo em que, entre 1984 e 2014, o percentual de guarda paterna caiu de 12,3% para 5,5%”.

Por outro lado, apesar da notada preferência do Poder Judiciário gaúcho pela guarda unilateral materna, importa destacar que, conforme os dados obtidos na presente pesquisa, dos 25,71% (vinte e cinco vírgula setenta e um por cento) das decisões favoráveis ao compartilhamento, 85,18% (oitenta e cinco vírgula dezoito por cento) tratavam de situações em que a beligerância entre o ex-casal fazia-se presente. Ou seja, apesar de não haver muitos acórdãos favoráveis à aplicação da guarda conjunta, aqueles que defendiam tal modalidade, em sua grande maioria, aplicaram o compartilhamento independentemente da existência de litígio entre as partes.

Nesse sentido, é de extrema relevância que se observe a ementa do acórdão, colacionado, como amostra, no que diz respeito à fundamentação utilizada no julgamento do recurso de Apelação Cível nº 70064621253, interposta na Oitava Câmara Cível do TJ/RS, oriunda da Comarca de Camaquã:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. PRETENSÃO DO GENITOR DE ESTABELECIMENTO DA GUARDACOMPARTILHADA. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA CONSENSUALMENTE ESTABELECIDO EM AUDIÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA ESTABELECIDADA NA ORIGEM. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. PLEITO PREJUDICADO. 1. Considerando que os estudos técnicos realizados na instrução constataram que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, viável o estabelecimento de seu compartilhamento, arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses da infante. **2. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ.** 3. Fixação como base de moradia a residência da genitora, com manutenção da obrigação alimentar paterna vigente e regulamentação do convívio paterno-filial nos termos acordados pelos próprios genitores em audiência (e não de alternância de residência, uma semana para cada, como postulado pelo genitor na inicial), em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. 4. Redistribuição da sucumbência, em face do reconhecimento da ocorrência de sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com metade das

²⁰⁸ DUARTE, Fernando. **O que faz a guarda compartilhada ainda ser um tabu no Judiciário brasileiro.** 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37632285>>. Acesso em: 17 out. 2016.

custas processuais e da verba honorária estabelecida na sentença, possibilitando-se a compensação (art. 21, parágrafo único, do CPC e da Súmula nº 306 do STJ), ficando prejudicado o pleito recursal de redução, por metade, da verba honorária fixada. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70064621253, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25/06/2015). (grifos nossos).²⁰⁹

A decisão supra adveio, resumidamente, da ação de guarda compartilhada ajuizada pelo apelado, em face da apelante, pela narrativa de que embora a instrução probatória apontasse para a ocorrência de pouco diálogo entre os genitores, na prática tal não ocorria, considerando que assim se comporta a apelada, apenas diante do Poder Judiciário, bem como que, apesar da conclusão do estudo social ter sido contrária à sua fundamentação, o parecer psicológico apontou para a possibilidade efetiva de exercício da guarda compartilhada. Sendo assim, uma vez que ambos os genitores possuíam totais condições de ter a guarda da filha, o apelante requereu a alteração da guarda para a modalidade conjunta.

No julgado, por maioria, deram parcial provimento ao recurso de apelação, vencido em parte o Desembargador relator, considerando procedente o pedido de alteração de guarda para a modalidade de compartilhamento requerida pelo apelante. A fundamentação utilizada pelo Desembargador revisor e redator Ricardo Moreira foi baseada nos ensinamentos da Desembargadora e doutrinadora Maria Berenice Dias, exatamente nos seguintes termos:

Na esteira da lição da nobre Des. MARIA BERENICE DIAS, “a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernente ao poder familiar (CC 1.583 §1º), Ocorreu verdadeira mudança de paradigma. Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos”.²¹⁰

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70064621253. Apelante: N.G.K.. Apelado: P.S.F.. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Farroupilha, RS, 25 de junho de 2015. Camaquã, 03 jul. 2016. Disponível em: <
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064621253%26num_processo%3D70064621253%26codEmenta%3D6355579+guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064621253&comarca=Comarca%20de%20Camaqu%C3%A3&dtJulg=25/06/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70064621253. Apelante: N.G.K.. Apelado: P.S.F.. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Farroupilha, RS, 25 de junho de 2015. Camaquã, 03 jul. 2016. Disponível em: <
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064621253%26num_processo%3D70064621253%26codEmenta%3D6355579+guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064621253&comarca=Comarca%20de%20Camaqu%C3%A3&dtJulg=25/06/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

Pelo entendimento do referido acórdão, e de acordo com Gimenez²¹¹, a ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra, valorizando relações mais próximas entre pais e filhos, assim como validando o papel de cada genitor, com igualdade de importância.

O resultado obtido a partir da quantificação das decisões do TJ/RS, bem como da leitura dos acórdãos confirma a baixa aplicação da modalidade de guarda compartilhada pelo Poder Judiciário gaúcho. Mesmo com a alteração do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil trazida pela Lei 13.058/2014, que tornou a modalidade obrigatória e não mais preferencial, como era quando da antiga redação dada pela Lei 11.698/08²¹², o que se percebeu, na prática do TJ/RS foi a preferência pela guarda unilateral materna, a qual, segundo Grisard Filho²¹³ “se desenvolveu erroneamente, em violência ao genitor não guardião, por tolher-lhe indevidamente o exercício do poder familiar que era garantido pela legislação, e aos próprios filhos, por tornar o outro genitor figura ausente em seu desenvolvimento”.

Nesse viés, esta pesquisa analítico-jurídica se propôs a verificar se a regra da guarda compartilhada está sendo aplicada pelo TJ/RS mesmo nos casos de litígio, como modo de exercício conjunto do poder familiar sob a perspectiva dos princípios da igualdade entre os genitores e do melhor interesse da criança e do adolescente. Ao longo do trabalho houve a obtenção de dados quantitativos relativos a processos no TJ/RS sobre o tema em apreço e, de fato, esta pesquisa quantitativa revelou que o Judiciário rio-grandense está aplicando a regra do compartilhamento de guarda. No entanto, essa aplicação se dá de forma insuficiente em comparação à guarda unilateral, que sequer é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, nos casos trazidos como ilustração, o que faticamente se percebeu e analisou foi que, no último um ano e nove meses, as fundamentações das decisões seguem, essencialmente a mesma linha de interpretação, qual seja, a de indeferimento da guarda compartilhada pela impossibilidade da aplicação da mesma quando há existência de beligerância entre os genitores, com a manutenção ou alteração para a guarda exclusiva à

8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064621253&comarca=Comarca%20de%20Camaqu%C3%A3&dtJulg=25/06/2015&relator=L Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

²¹¹ GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilhada e a igualdade parental**. 2014. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=A_guarda_compartilhada_e_a_igualdade_parental&id=574>. Acesso em: 17 out. 2016.

²¹² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 200-201.

²¹³ *Ibidem*, p. 201.

mãe. E, nos poucos casos em que as decisões foram favoráveis à guarda conjunta, a fundamentação básica foi no sentido de que, se ambos os genitores estão aptos ao exercício do poder familiar, o litígio entre eles, por si só, não pode ser fato impeditivo para o exercício da guarda conjunta, até mesmo porque, havendo determinação legal (Lei 13.058/2014), a guarda deve ser compartilhada, privilegiando sempre o interesse da criança.

Dessa forma, diante da realização da pesquisa quantitativa e qualitativa das decisões do TJ/RS a respeito da guarda compartilhada, é evidente que a matéria ainda é um assunto socialmente invisível e precisa, portanto, ser discutido mais abertamente, começando pela mudança no comportamento dos próprios juristas. Em matéria publicada no site do BBC Brasil, por Fernando Duarte²¹⁴, segundo a juíza Jaqueline Cherulli, que comanda a 3ª Vara de Família de Vargem Grande, em Mato Grosso, uma das principais defensoras de uma mudança de posicionamento no Judiciário, o pensamento de que 'lugar de criança é com a mãe' é de quem parou no tempo. Para ela é preciso que os juízes tomem decisões neutras e sem esse preconceito que ainda traz carga de uma sociedade patriarcal, deixando suas opiniões pessoais de lado e concentrando-se mais no desenvolvimento da criança, que é o real objetivo da legislação brasileira.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS EM BENEFÍCIO DO EMPODERAMENTO FEMININO, SOB O AMPARO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao tomar como objeto de estudo desta monografia, a viabilidade da aplicação coercitiva do compartilhamento de guarda dos filhos, nos processos litigiosos, pelos ex-casais, diante da ruptura do relacionamento conjugal, partiu-se, primeiramente, do fato de que a Lei 13.058/2014 tornou a modalidade regra no ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo, da compreensão de que os papéis atribuídos aos gêneros são construções sociais, conforme destacado nos capítulos anteriores, o que possibilitou entender os diferentes papéis e comportamentos atribuídos ao homem e à mulher, taxados como normais na sociedade.

Sabe-se que o fim de uma relação afetiva é uma experiência complexa, seja ela consolidada ou não por anos de convivência do casal, acarretando sofrimento e fazendo

²¹⁴ DUARTE, Fernando. **O que faz a guarda compartilhada ainda ser um tabu no Judiciário brasileiro.** 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37632285>>. Acesso em: 17 out. 2016.

despontar atitudes por vezes descabidas²¹⁵, como a disputa pela guarda dos filhos, por exemplo. Frente a estas questões, são duas as grandes intenções deste subcapítulo: demonstrar os benefícios e a importância da aplicação da guarda compartilhada como modelo jurídico fundamentado no axioma do melhor interesse da criança e do adolescente, apontando, brevemente, vantagens e desvantagens; bem como, a viabilidade de sua aplicação coercitiva nas dissoluções litigiosas da sociedade conjugal, de modo a garantir o respeito aos princípios constitucionais da igualdade entre os genitores e do interesse das crianças e adolescentes.

Em breve síntese, ressalta-se que a guarda da criança e do adolescente pode ser subdividida em dois aspectos: quanto ao exercício físico e quanto ao exercício jurídico. Detém a guarda física a pessoa com quem a criança reside, e detém a guarda jurídica a pessoa que reúne todos os atributos que a torna responsável pelo sustento, manutenção e educação da criança e do adolescente ou do incapaz. A guarda compartilhada (física e jurídica), nessa senda, refere-se ao tipo de guarda na qual os pais têm a mesma responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes, conjunta e igualitariamente, devendo ser preservada a ampla e equilibrada convivência familiar da criança com ambos os genitores.²¹⁶

Ademais, essa modalidade de guarda “dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a ideia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar”²¹⁷, fazendo com que a guarda perca aquela conotação de posse, voltando-se para o melhor interesse das crianças e, por consequência, dos pais, na medida em que privilegia a ideia de estar com, de compartilhar.²¹⁸ Isso porque a guarda conjunta possibilita que os pais estejam presentes mais intensamente na vida dos filhos, o que leva à “pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos”²¹⁹.

²¹⁵ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 33.

²¹⁶ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática**. 2000. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/8/docs/emagis_guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teor1a_a_pratica.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

²¹⁷ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Niac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 91.

²¹⁸ LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar Leivas; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007. p. 395.

Assim, quando se trata de definir o exercício da guarda da prole comum do ex-casal, é imprescindível a análise de qual a possibilidade mais vantajosa para a sua formação e desenvolvimento, tendo em vista que o bem jurídico mais relevante a ser preservado é o interesse da criança.²²⁰ A questão do superior interesse da criança, no entanto, é composta por um largo conjunto de valores morais e significados de masculino e feminino, que acabam influenciando tanto nas atribuições maternas e paternas, quanto nas decisões judiciais com relação à definição do tipo guarda e para quem será fixada.²²¹

Conforme já explorado, nos processos judiciais que envolviam o direito de guarda dos filhos, a presunção era da guarda unilateral materna.²²² Atualmente, contudo, a sociedade está passando por um processo de “ressignificação da paternidade”, no sentido de que cada vez mais homens e mulheres empenham-se, em posição de igualdade de direitos, para compartilhar as responsabilidades com o cuidado de seus filhos, buscando o reconhecimento de que a ideia de coparentalidade é a que melhor responde ao postulado do superior interesse das crianças.²²³

Feita essa breve exposição, considerando a vasta doutrina que compõem o direito de família, nem todos os autores compartilham o mesmo entendimento com relação ao tema aqui abordado, apontando as vantagens e desvantagens da modalidade da guarda conjunta para defender seus respectivos posicionamentos.

Com relação às vantagens da guarda conjunta, Bruno²²⁴ estabelece que, tanto os pais como os filhos são beneficiados com a aplicação do compartilhamento: os primeiros ganham com a redução de estresse e do acúmulo de papéis para aquele que é guardião único, bem como com o favorecimento a ambos os genitores de compartilharem a educação dos filhos; já os segundos, se beneficiam com o direito de convivência, direito este que deve ser aspecto determinante do ajustamento das crianças ao divórcio de seus pais. Assim, de acordo com o referido autor, a guarda compartilhada reduziria as dificuldades que as crianças normalmente

²²⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

²²¹ SIMIONI, Fabiane. **Igualdade e Reconhecimento no campo do direito de família brasileiro: um estudo sobre as demandas judiciais de guarda de crianças**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6786433-Igualdade-e-reconhecimento-no-campo-do-direito-de-familia-brasileiro-um-estudo-sobre-as-demandas-judiciais-de-guarda-de-criancas.html>>. Acesso em: 21 out. 2016.

²²² SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 26.

²²³ SIMIONI, Fabiane, *op. cit.*

²²⁴ BRUNO, Denise Duarte. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em:

<http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Duarte_Bruno/Guarda.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

enfrentam em se adequarem às novas rotinas e aos novos relacionamentos após a quebra do vínculo conjugal dos genitores.

Isso porque, para Leivas²²⁵, a guarda compartilhada surge como um meio de exercício da autoridade parental conferido aos pais que desejam continuar o relacionamento com os filhos quando a família se fragmentou. Valoriza-se, nesse sentido, a possibilidade de dar continuidade e, inclusive, reconstruir a parentalidade sob o enfoque da afetividade.²²⁶ Ademais, muitas vezes, a aplicação da guarda conjunta pode revelar, até mesmo, um poder de conseguir que os pais sejam mais participativos na vida da prole, validando o papel parental de ambos com igualdade de importância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável para o bem estar dos filhos”.²²⁷

Assim, ao permitir que os filhos vivam em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma coparticipação deles, em igualdade de direitos e deveres, outra vantagem da guarda conjunta é a de não sobrecarregar nenhum dos genitores com os cuidados da prole.²²⁸ Além disso, uma vez que ambos os pais devem tomar decisões conjuntas sobre a vida dos filhos, vantagem inequívoca da guarda compartilhada é, também, a de impedir que uma das partes se imagine “proprietária” dos filhos, desestimulando, nesse sentido, a alienação parental daquele que pretende excluir o não guardião da vida dos menores”.²²⁹

Nessa perspectiva, sendo pai e mãe co-titulares do poder parental e, portanto, responsáveis pela educação e pelo cuidado com os filhos comuns²³⁰, o grande mérito da Lei 13.058/2014 é no sentido de “funcionalizar o instituto da guarda compartilhada para garantir uma convivência próxima dos filhos com ambos os genitores e simultaneamente facilitar o exercício conjunto do poder familiar, em sua plenitude”,²³¹ além de tratar-se da “única

²²⁵ LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar Leivas; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada**. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

²²⁶ SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em:

<<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 62.

²²⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de O. Chambers. A moderna visão da autoridade parental. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 111.

²²⁸ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 61.

²²⁹ JUNIOR, Dilermando Cigagna. Guarda de filhos: guarda unilateral e compartilhada. In LAGRASTA NETO, Caetano (Coord); SIMÃO, José Fernando (Coord) et al. **Dicionário de Direito de Família, volume 1: A-H**. São Paulo: Atlas, 2015. Consultoria: Sidnei Agostinho Beneti. p. 460.

²³⁰ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 67.

²³¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 205.

modalidade de guarda que prestigia o direito de igualdade entre os pais e o direito de convivência com os filhos, respeitando o princípio do melhor interesse da criança”.²³²

Por outro lado, conforme previamente mencionado, há divergência doutrinária quanto à aplicação da guarda compartilhada, sendo as principais desvantagens apontadas pela corrente contrária, as seguintes: a inviabilidade da sua adoção quando os genitores residem em locais afastados, a idade da criança e relação conflituosa entre os genitores.²³³

Silva²³⁴ entende que a eficácia da guarda compartilhada vai depender do bom relacionamento dos cônjuges mesmo após a dissolução do vínculo conjugal. Leivas e Allgayer²³⁵ compartilham desse pensamento, concordando que esse modelo de guarda é de difícil implementação quando se tem em vista a dificuldade de relacionamento dos pais após o rompimento do vínculo conjugal, justificando que o litígio pode prejudicar o melhor interesse da criança, tendo em vista que os pais, uma vez estando em grande conflito, podem acabar fazendo da criança objeto de discussão, o que não é favorável em nenhuma situação.

Para Madaleno²³⁶, o enfrentamento entre os progenitores é razão firme para a denegação do compartilhamento físico, mesmo que muitos argumentem que o juiz possa, a bem dos filhos, impor o compartilhamento da guarda nas hipóteses de litígio entre os genitores: impossível seria a imposição da guarda conjunta se não há o “diálogo e qualquer trato minimamente civilizado entre os genitores, que sequer conseguem conversar e tratar das questões mais triviais do cotidiano da sua descendência”. Segundo o autor, os constantes atritos jamais vão viabilizar a concessão de uma guarda compartilhada.

Outra desvantagem, no entendimento de Silva²³⁷, trata-se da questão do surgimento de males psicológicos, considerado pela autora um dos principais óbices contra a guarda

²³² SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogerio Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. Disponível em:

<<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5 A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS.PDF>>. Acesso em: 16 maio 2016.

²³³ SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogerio Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. Disponível em:

<<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5 A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS.PDF>>. Acesso em: 16 maio 2016.

²³⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada: posicionamento judicial**. São Paulo: LED, 2006, p. 113-114.

²³⁵ LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar Leivas; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada**. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

²³⁶ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 261.

²³⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 157.

conjunta, com a alegação de que há necessidade de que a criança tenha um lar definido, sob pena de não ter a estabilidade devida.

Feita essa breve exposição das posições doutrinárias a respeito das vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada, passa-se a segunda intenção deste subcapítulo, qual seja, mostrar a viabilidade da incidência do compartilhamento mesmo nas situações de litigiosidade, como forma de fomentar o exercício da coparentalidade, em atenção aos princípios constitucionais da igualdade entre homens e mulheres e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Importa salientar, primeiramente, em que pese à tendência dos Tribunais, em especial o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, local onde foi realizada a pesquisa jurisprudencial, ser a de não aplicar a guarda compartilhada nos casos em que existe beligerância entre os genitores, segundo Rosa²³⁸, andou bem a alteração determinada pela Lei nº 13.058/2014, que tornou a guarda unilateral como via restritiva, justificando que a sua fixação acirra o litígio entre os genitores em razão de cercear a um dos pais o convívio cotidiano dos filhos, o qual é, inclusive, um direito da prole.

Ademais, segundo Silva²³⁹, a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, independente de consenso entre as partes, garante a “igualdade de direitos entre homens e mulheres quanto ao trato dos filhos, no exercício da parentalidade em todos os seus aspectos”, sendo ambos os genitores igualmente beneficiados com a aplicação da modalidade de compartilhamento de guarda:

As mães que compartilham a guarda dos filhos com os ex-companheiros são mais satisfeitas, de um modo geral, tendo em vista poderem dividir os encargos da prole e dedicar maior tempo às suas atividades profissionais, sabendo que os filhos estão em resguardo com os pais, enquanto estes, por sua vez, se sentem menos pressionados com o único encargo que lhes restava, na guarda única, qual seja, o de prover os filhos.²⁴⁰

Diante dessa constatação, é perceptível que os argumentos apresentados negando a viabilidade da aplicação da guarda conjunta quando há litigiosidade, passam pela “preferência da guarda materna como decorrência de uma longa tradição cultural, afinado com um fato imbatível da existência do instinto materno, dotando a natureza a mulher para os cuidados com a guarda física da prole”.²⁴¹

²³⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

²³⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 100.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 104.

²⁴¹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

Apesar de muitos autores entenderam em sentido contrário, Thomé²⁴², desde a vigência da Lei nº 11.698/2008, já defendia a ideia de que a família brasileira já estava apta para essa nova forma de arranjo parental como regra geral, mesmo em situações de litigiosidade, e que essa mudança de paradigma veio, além de tudo, para valorizar o interesse primordial da família de acolhimento e proteção a cada um de seus membros, vez que é direito dos filhos e dever dos pais o convívio familiar diário e permanente, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal; e direito dos pais, a proximidade intensa e direta no desenvolvimento da prole.

Silva²⁴³, também acredita na importância e, principalmente na possibilidade de efetividade da guarda compartilhada mesmo quando há litígio após a ruptura do vínculo matrimonial, haja vista que, “ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos”. Ou seja, segundo a autora, essa modalidade de guarda deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole.

Entende-se que é justamente quando o genitor guardião interpõe obstáculos à participação daquele que não possui a guarda que a determinação do compartilhamento vai definir para o primeiro, que ele jamais será o único na relação de parentalidade com o filho: “o texto da lei, nesse caso, reafirma a dupla filiação, assegurando o contato com as linhagens materna e paterna”, funcionando como um regulador, para além das relações familiares, dos próprios papéis de cada um dos pais.²⁴⁴ Até porque, “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 (poderia), no mínimo, estimular o conflito”.²⁴⁵

Ademais, deve ser lembrado que a guarda única também é imposta para o ex-casal que apresenta uma atitude de constante desentendimento, e que sua estipulação também gera conflitos, no sentido de que o genitor que permaneceu com a guarda dos filhos pode se portar de forma autoritária e dominadora em relação à educação da prole, inclusive, agindo de modo a afastar o outro genitor do convívio, pelo descumprimento do direito de visitas, o que pode

²⁴² THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais.** Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17637_17663.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

²⁴³ SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada: posicionamento judicial.** São Paulo: LED, 2006, p. 77.

²⁴⁴ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar.** In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE). p. 62.

²⁴⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

gerar atitudes doentias, como a perigosa síndrome da alienação parental ou a implementação de falsas memórias, atitudes que não coadunam com o princípio do superior interesse da criança e do adolescente.²⁴⁶

Nessa perspectiva, ainda que existam diversas e diferentes opiniões acerca da custódia compartilhada dos filhos, não restam dúvidas que a modalidade compartilhada é a que melhor se enquadra no conceito de melhor interesse da criança e do adolescente, satisfazendo o seu direito de ser educado, formado e criado por ambos os genitores, e não ser privado da companhia de nenhum deles, ainda que presente a beligerância entre os pais após o término da relação conjugal.²⁴⁷

Tanto é assim que, até o presente momento, a última decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida pela terceira Turma, em REsp de nº 1.626.495-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cujo julgamento foi em 15 de setembro de 2016, consolidou o entendimento de que a guarda compartilhada deve prevalecer mesmo quando entre os genitores não há boa comunicação, até porque, nas hipóteses em que os pais não se entendem, surge um terreno fértil para a prática de alienação parental. Oportuno, portanto, colacionar, a título de ilustração, a Ementa da referida decisão:

CIVIL. PROCESSUAL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. 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 menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido.²⁴⁸

A supracitada cuida-se de recurso especial interposto pelo recorrente, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/SP em ação de Divórcio, precedida de ação cautelar preparatória, com pedidos de fixação de guarda,

²⁴⁶ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais.** Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17637_17663.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

²⁴⁷ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179.

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 1626495. Recorrente: K.R.K.. Recorrido: R.S.F.. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. **Recurso Especial.** Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 25 out. 2016.

regime de visitas e partilha do patrimônio, ajuizada pelo recorrido, em que negou, assim como na sentença, a guarda compartilhada, fixando a guarda do filho à mãe – recorrida – e regulando o direito de visita do pai ao filho. Passível de destaque, na fundamentação da decisão proferida, para além do debate relativo à necessidade do consenso, esta Turma também apreciou a questão sobre o melhor interesse da criança e do adolescente, frente a um obstáculo de ordem prática: a distância geográfica entre os ascendentes, decidindo não ser impedimento para a aplicação do compartilhamento a distância entre os genitores; fator esse que já tinha sido objeto de discussão em julgamento anterior (REsp nº 1.605.477-RS)²⁴⁹, em 21 de junho de 2016, nessa mesma Turma do STJ, mas cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, decidindo, infelizmente, pelo impedimento da regra do compartilhamento, com a argumentação de que a distância geográfica seria um obstáculo ao exercício conjunto do poder familiar, decisão que gerou bastante inquietação dos defensores da guarda compartilhada.

Conveniente ressaltar também a argumentação da Ministra, destacando que o texto legal irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada, e o termo “será”, do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil²⁵⁰ não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do filho. Assim, apesar do sistema que ainda era vigente na dominante jurisprudência nacional, espelhar, com evidente descompasso histórico, a ultrapassada sociedade patriarcal e os seus padrões, o texto constitucional de 1988 definiu novos parâmetros para as relações intrafamiliares, como a paternidade responsável; a igualdade entre os gêneros; a preservação, para a criança e, ao adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio (dignidade, convivência familiar e proteção contra a negligência), definindo o melhor interesse das crianças e adolescentes como bem jurídico a ser perseguido na fixação do sistema de guarda.

Por fim, mais que isso, a decisão relata que os estudos e observações cotidianas vêm confirmando o que já era intuitivamente depreendido: que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 1605477. Recorrente: SL DA CZ. Recorrido: JRP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. **Recurso Especial**. Brasília, 27 jun. 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600611909&dt_publicacao=27/06/2016>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁵⁰ 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.

reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. Para tanto, os julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores, não podem vislumbrar que aquela situação conflitiva poderá gerar uma situação de grave estresse para a criança, optando por recorrer à histórica fórmula da guarda unilateral, com a justificativa de que nela a criança conseguirá “ter um tranquilo desenvolvimento”. Pelo contrário, esse “tranquilo desenvolvimento” é, na verdade, um tranquilo desenvolvimento incompleto, social e psicologicamente falando, pois suprime das crianças e adolescentes um ativo que é seu por direito: o convívio com ambos os ascendentes, o qual só é garantido por meio da guarda compartilhada.

Ademais, importante destacar, que no mês anterior da decisão supra, em 22 de agosto de 2016, a Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, recomendou aos Juízes que atuam nas Varas de Família, por meio da Recomendação nº 25 do CNJ 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, tal qual prevê o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil. E, que nos casos em que for decretada a via restritiva da guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, sob pena de a regra do compartilhamento ser obrigatoriamente aplicada.²⁵¹

A Ministra fez tal Recomendação em razão da baixa aplicação da modalidade de guarda conjunta pelo judiciário brasileiro que, segundo as estatísticas do Registro Civil de 2014, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil, a proporção de divórcios em que houve a concessão de compartilhamento, no que diz respeito à guarda dos filhos menores, foi apenas 7,5% (sete vírgula cinco por cento).²⁵²

Nesse sentido, em síntese, segundo Grisard Filho²⁵³, não cabe mais aos magistrados sopesar se animosidade entre os pais torna a guarda compartilhada inaplicável ou contraria interesse da criança, vez que essa ponderação já foi realizada pelo legislador, resultando na obrigatoriedade da guarda compartilhada. Ademais, à vista das ponderações acima descritas,

²⁵¹ BRASIL. Recomendação nº 25, de 22 de agosto de 2016. **Recomendação Nº 25 CNJ**. Brasília, DF, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/20092016_Recomendacao.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁵² RIO DE JANEIRO. Roberto Cavararo. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil**. 2014. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁵³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 225.

conforme Silva²⁵⁴ é perceptível que o “desconhecimento da matéria esconde a essência da guarda conjunta, que é preservar o maior interesse da criança e não de seus genitores, cabendo a eles o discernimento de que suas desavenças devem ser suplantadas em defesa dos direitos dos filhos”.

Em conclusão, e de acordo com o entendimento de Gimenez²⁵⁵, as situações de litigiosidade não podem continuar sendo fundamento para a supressão do compartilhamento da guarda, vez que essa modalidade, além de impedir uma prática não pouco usual, onde um dos litigantes insiste nos desentendimentos, para a obtenção da guarda unilateral, praticando, inclusive, atos de alienação parental, sob o pálido argumento de que, para se evitar o conflito, melhor é manter a criança afastada de parte de seus familiares, vai ao encontro dos princípios constitucionais da igualdade entre homens e mulheres e do melhor interesse das crianças e adolescentes, ao possibilitar o exercício da coparentalidade em igualdade de direitos e deveres para os genitores bem como garantir a continuidade do amplo e equilibrado convívio familiar.

²⁵⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 157.

²⁵⁵ GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilhada e a igualdade parental**. 2014. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=A_guarda_compartilhada_e_a_igualdade_parental&id=574>. Acesso em: 17 out. 2016.

CONCLUSÃO

Ao buscar compreender a guarda compartilhada como modalidade capaz de fomentar o exercício da coparentalidade em igualdade de direitos e deveres aos genitores, em respeito aos princípios da isonomia entre homens e mulheres e do melhor interesse da criança e do adolescente, independentemente da situação, de consenso ou litigiosidade, este trabalho objetivou apoiar-se para além das questões jurídicas que envolvem o tema proposto, também nos estudos de gênero e empoderamento feminino, conversando as áreas do conhecimento, relacionando-as com as capacidades e limitações do Direito, enquanto ciência jurídica, social e humana.

Seu propósito é oferecer uma contribuição, por menor que esta seja para a construção de uma ordem democrática mais igualitária que atenta às necessidades concretas de cada um dos sujeitos da entidade familiar; que trate a todos, respeitando os princípios constitucionais norteadores do direito de família, de uma forma igualitária; impedindo, no que se refere à atribuição da guarda, que o senso comum e a tradição cultural pela preferência à guarda materna continuem a constituir o pano de fundo das decisões judiciais que deixam de aplicar o compartilhamento.

O entendimento básico do panorama geral do direito de família no Brasil sob a perspectiva da guarda, bem como a compreensão da evolução do instituto do poder familiar e dos estudos feministas sobre as relações sociais de gênero se fez importante afim de que, assim, fosse possível compreender o cenário atual do direito de família no que tange as modalidades de guarda, em especial a compartilhada, bem como a pertinência de sua aplicação diante de situações de litígio e a necessária mudança de paradigma diante da emancipação feminina, desde as questões culturais e morais que embasam a preferência pela guarda materna, para a possibilidade de um compartilhamento de guarda onde os cônjuges possam desenvolver sentimentos de ajuda mútua e de solidariedade.

Em análise da evolução do direito de família brasileiro restou evidente a submissão da mulher como sujeito de direito da entidade familiar, bem como a naturalização da distinção de papéis “típicos” de homem e de mulher na sociedade brasileira. Dessa forma, a contextualização do poder familiar em face aos estudos de gênero permitiu compreender o paradigma dominante, ou seja, o sujeito das pesquisas científicas e também da legislação civil é sempre homem, branco, jovem e heterossexual. Assim, somente a partir da introdução dos estudos feministas na academia, foi possível identificar a submissão feminina e a determinação de papéis diferentes para cada gênero, como um problema de gênero e então,

dissociar a mãe/mulher da figura de cuidadora, passando a observá-la para além do instinto materno e responsável exclusiva pela proteção dos filhos diante da dissolução do vínculo conjugal.

A partir desse entendimento de gênero, foi possível perceber que a questão da guarda dos filhos envolve aspectos diferenciados, e na sociedade ocidental, o instinto maternal se constituiu como um determinismo biológico que criou estereótipos, entre os quais a crença de que só o amor materno saberia dosar os cuidados necessários ao desenvolvimento infantil. Ainda, com a introdução da perspectiva de gênero, objetivou-se conectar diálogos e utilizar as teóricas feministas para compreender a presença dos distintos papéis atribuídos a cada gênero até hoje ainda em voga. Como resultado desta construção, a partir do conceito de “amor materno”, restou demonstrada a impregnação de uma cultura de presunção à guarda materna, onde mulheres são extremamente valorizadas ao se tornarem mães.

Assim, a necessidade de ruptura com a estrutura social que sistematicamente subjuga e oprime com base no gênero é elemento fundamental nas questões relativas à determinação da guarda dos filhos diante do fim do relacionamento conjugal do casal, pois é desta estrutura que resulta grande parte das decisões judiciais contrárias a modalidade de compartilhamento, com um discurso que reserva à mulher um papel primordial nos cuidados em relação à prole.

Dentre as decisões judiciais analisadas a partir da pesquisa jurisprudencial, delimitada ao cenário do Rio Grande do Sul, em específico as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, desde que a Lei 13.058/2014 tornou a modalidade compartilhada regra no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a baixa aplicação da modalidade pelo Poder Judiciário gaúcho, sendo apontada como uma das principais justificativas a existência de beligerância entre os genitores. Nessa perspectiva, com o propósito de verificar se a regra da guarda compartilhada está sendo aplicada pelo TJ/RS mesmo nos casos de litígio, como modo de exercício conjunto do poder familiar sob a perspectiva dos princípios da igualdade entre homens e mulheres e do melhor interesse da criança e do adolescente, percebeu-se que a sua aplicação ainda é insuficiente em comparação à guarda unilateral.

Evidentemente, a existência de dispositivos incisivos na Constituição Federal, que duramente determinam a isonomia entre homem e mulher, bem como priorizam o interesse e a proteção das crianças e adolescentes, fruto de uma intensa mobilização política e social, é uma vitória. Como o são, igualmente, as edições de diplomas normativos infraconstitucionais, como a Lei nº 13.058/2014 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais têm o mérito de não apenas criar um padrão de normatividade que, formalmente, privilegie a igualdade entre

os cônjuges no exercício da parentalidade, bem como a proteção dos superiores interesses dos filhos; como também, fundamentalmente, de trazer ao debate público as questões atinentes ao tema da guarda dos filhos.

Acredita-se, entretanto, que não faltam regras e princípios para o combate a qualquer tipo de desigualdade no exercício do poder familiar e na determinação da guarda dos filhos diante da dissolução da sociedade conjugal do casal, tendo em vista que o arcabouço normativo brasileiro permite, por aplicação direta da Constituição, e da lei que trata da guarda compartilhada, é capaz de resolver as lides trazidas ao Judiciário.

Há, dessa maneira, a necessidade de prosseguir, entendendo que o ordenamento jurídico não precisa de novas normas; mas sim, que as já existentes sejam (bem) aplicadas. Portanto, no âmbito interno do Direito brasileiro, a disputa deve ser travada, fundamentalmente, em outras esferas, em especial, no esforço teórico que possa tematizar, adequadamente, a interpretação e a aplicação das leis existentes, além da formação social e cultural da sociedade, refletindo discurso e prática jurisprudenciais que lidam com os dispositivos considerados e a forma como o problema é visualizado pelos Tribunais do país – para o interesse do trabalho, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Por isso é que se mostra fundamental ir além do Direito (sem dele abrir mão, obviamente) em direção a uma proposta que congregue as ferramentas de garantia de isonomia, com a busca por um discurso teórico e uma mobilização política e social que esteja atenta às especificidades de cada um dos sujeitos em interação. Essa atenção repousa na possibilidade de se desconstruírem os estereótipos acerca dos papéis parentais que fundamentam a crença de que a mãe/mulher é pessoa mais apta para criar o filho e ao pai resta o direito de visitas e o dever alimentar, meramente de cunho econômico; objetivando-se, o posicionamento em favor de uma mobilização discursiva nos mais diversos âmbitos: na universidade, na escola, na política, dentre outros, que permita expor que apesar da forte influência da sociedade patriarcal e seus padrões, os parâmetros para as relações familiares da sociedade contemporânea devem ser outros, baseados na paternidade responsável; na igualdade entre os gêneros; na preservação, para a criança e o adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio, entre eles a convivência familiar, definindo o melhor interesse da criança e do adolescente como bem jurídico indispensável a ser perseguido na fixação do sistema de guarda.

REFERÊNCIAS

ABREU, Francielle Seemann. **Guarda compartilhada:** priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal. 2003. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio Econômico. Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/114439>>. Acesso em: 16 out. 2016.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade civil no direito de família:** angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AMARAL, Aline Marchi do. **Os diálogos internacionais sobre migrações na perspectiva de gênero.** 2015. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; BRAGA, M. G. R. **Uma redescoberta de família e a função paterna.** Encontro: Revista de Psicologia. UNIA – Centro Universitário de Santo André. 9 (10), jul-dez, São Paulo, 2004.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor Conquistado:** o Mito do Amor Materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. Tradução de: Waltensir Dutra.

_____. **Um é o outro.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do afeto.** Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 14 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história:** a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/41034300/HERMENEUTICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474806980&Signature=odbV3IqoYHN6oCZh9zawJd6CE0s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DHERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. Tradução de: Sérgio Milliet.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1980. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Lei do Casamento Civil.** Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Lei da Guarda Compartilhada**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Lei da Guarda Compartilhada**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Código Civil de 1916**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Estatuto da Mulher Casada**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Lei do Divórcio**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Recomendação nº 25, de 22 de agosto de 2016. **Recomendação Nº 25 CNJ**. Brasília, DF, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/20092016_Recomendacao.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 1605477. Recorrente: SL DA CZ. Recorrido: JRP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. **Recurso Especial**. Brasília, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600611909&dt_publicacao=27/06/2016>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 1626495. Recorrente: K.R.K.. Recorrido: R.S.F.. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. **Recurso Especial**. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70068946367. Apelante: R.L.R.. Apelado: G.G.. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Farroupilha, RS, 28 de julho de 2016. Farroupilha, 08 ago. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%2E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70068946367&num_processo=70068946367&codEmenta=6886215+Guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70068946367&comarca=Comarca de Farroupilha&dtJulg=28/07/2016&relator=Luiz Felipe Brasil Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70069766624. Apelante: E.M.. Apelado: P.R.G.. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Passo Fundo, RS, 08 de setembro de 2016. Farroupilha, 12 set. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069766624%26num_processo%3D70069766624%26codEmenta%3D6948216+guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70069766624&comarca=Comarca%20de%20Passo%20Fundo&dtJulg=08/09/2016&relator=Ricardo%20Moreira%20Lins%20Pastl&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70064621253. Apelante: N.G.K.. Apelado: P.S.F.. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Farroupilha, RS, 25 de junho de 2015. Camaquã, 03 jul. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064621253%26num_processo%3D70064621253%26codEmenta%3D6355579+guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064621253&comarca=Comarca%20de%20Camaqu%C3%A3&dtJulg=25/06/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70064621253. Apelante: N.G.K.. Apelado: P.S.F.. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Farroupilha, RS, 25 de junho de 2015. Camaquã, 03 jul. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064621253%26num_processo%3D70064621253%26codEmenta%3D6355579+guarda+compartilhada+++inmeta:dj:daterange:2014-12-23..2016-09-23+&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064621253&comarca=Comarca%20de%20Camaqu%C3%A3&dtJulg=25/06/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064621253&comarca=Comarca%20de%20Camaqu%C3%A3&dtJulg=25/06/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O direito de família descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Da Autora, 2001.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE).

_____. **Guarda Conjunta: Conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: R. C. Pereira (Org). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRITO, Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 9, n. 1, p.299-317, jan. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20925>>. Acesso em: 14 out. 2016.

BRITO, Marielle. **Guarda compartilhada aumenta participação de pais na criação dos filhos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-18/marielle-brito-guarda-compartilhada-aumenta-participacao-pais>>. Acessado em: 21 mar. 2016.

BRUNO, Denise Duarte. **Guarda Compartilhada**. 2002. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Duarte_Bruno/Guarda.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COMEL, Denise. **Do poder familiar**. São Paulo: RT, 2003.

CORIA, Clara. **O sexo oculto do dinheiro: formas de dependência feminina**. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1996. Tradução de: Graciela Rodriguez.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Função social da autoridade parental: algumas considerações**. Disponível em: <https://www.academia.edu/875312/Fun%C3%A7%C3%A3o_social_da_autoridade_parental_alguas_considera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 14 set. 2016. p. 15.

COSTA, Ana Alice A.; SARDENBERG, Cecília M. B. Feminismos, feministas e movimentos sociais. In: BINGEMER, Maria Clara Lucchetti; BRANDÃO, Margarida Luiza Ribeiro (orgs.) et al. **Mulher e relações de gênero**. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha no prefácio do livro **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5 . São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. V, Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Fernando. **O que faz a guarda compartilhada ainda ser um tabu no Judiciário brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37632285>>. Acesso em: 17 out. 2016.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FITERMAN, Mauro. **Direito de família contemporâneo: temas controversos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

FRIEDAN, Betty. **Mística Feminina**. Petrópolis, Rj: Vozes Limitada, 1971. Tradução de: Áurea B. Weissenberg.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilhada e a igualdade parental**. 2014. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=A_guarda_compartilhada_e_a_igualdade_parental&id=574>. Acesso em: 17 out. 2016.

GIOVANNI, Julia Ruiz Di. Feminização. In LAGRASTA NETO, Caetano (Coord); SIMÃO, José Fernando (Coord) et al. **Dicionário de Direito de Família, volume 1: A-H**. São Paulo: Atlas, 2015. Consultoria: Sidnei Agostinho Beneti.

GIUSTO, Eliana. **Guarda dos filhos: quando os homens também são discriminados**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Eliana_Giusto/Eliana.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Cord.) et al. **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

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

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do judiciário.** In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE).

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário.** Disponível em: <file:///C:/Users/Cepal00/Downloads/Giselle_Groeninga_Tese.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. **Parentalidade em tempo de mudanças: desvelando o envolvimento parental após o fim do casamento.** 2007. 102 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=839>. Acesso em: 08 out. 2016.

JUNIOR, Dilermando Cigagna. **Guarda de filhos: guarda unilateral e compartilhada.** In LAGRASTA NETO, Caetano (Coord); SIMÃO, José Fernando (Coord) et al. **Dicionário de Direito de Família, volume 1: A-H.** São Paulo: Atlas, 2015. Consultoria: Sidnei Agostinho Beneti.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática.** 2000. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/emagis_guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teorica_a_pratica.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de família.** São Paulo: RT, 2005. (Direito aplicado, v.5).

LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar Leivas; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a guarda compartilhada.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acesso em: 21 mar. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). **Código Civil comentado: direito de família, relação de parentesco, direito patrimonial, arts. 1591-1693.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 237. v. XVI.

_____. **Direito Civil.** 2. ed. de acordo com a Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MURARO, Rose Marie; BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino: Uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de família no novo Código Civil**. 2003. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=727>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. **Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

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

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIMENTEL, Silvia. et al. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

RADE, Margareth. **Epistemologia Feminista, Gênero e História**. In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam. (orgs.) **Masculino, Feminino, Plural**. Florianópolis: Mulheres, 1998. Disponível em: <http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

RAMOS, Patrícia Pimentel de O. Chambers. A moderna visão da autoridade parental. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE).

RIO DE JANEIRO. Roberto Cavararo. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil**. 2014. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

_____. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Niac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1994.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

_____. **Guarda compartilhada: posicionamento judicial**. São Paulo: LED, 2006.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. In: GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. 144 p. Organização: Associação de Pais e Mães Separados (APASE).

SILVA, Maria Lucia Cavalcanti de Mello e. **A parentalidade no contexto da guarda compartilhada**. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Mestrado em Psicologia Clínica, Pró-reitoria Acadêmica de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp131158.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SILVA, Renata de Oliveira. **Guarda compartilhada e seu reflexo na prole**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35677/guarda-compartilhada-e-seu-reflexo-na-prole>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

SIMIONI, Fabiane. **Igualdade e Reconhecimento no campo do direito de família brasileiro: um estudo sobre as demandas judiciais de guarda de crianças**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6786433-Igualdade-e-reconhecimento-no-campo-do-direito-de-familia-brasileiro-um-estudo-sobre-as-demandas-judiciais-de-guarda-de-criancas.html>>. Acesso em: 21 out. 2016.

SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogerio Mendes. **A viabilidade da aplicação coercitiva da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. Disponível em: <[http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5 A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO COERCITIVA DA GUARDA COMPARTILHADA NOS PROCESSOS LITIGIOSOS.PDF](http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2013/n1/5%20A%20VIABILIDADE%20DA%20APLICAÇÃO%20COERCITIVA%20DA%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20NOS%20PROCESSOS%20LITIGIOSOS.PDF)>. Acesso em: 16 maio 2016.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais**. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17637_17663.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

TREDINNICK, André Felipe A. C.. **Guarda compartilhada: o princípio da igualdade dos cônjuges na inteligência do inciso V do artigo 1.634 do Código Civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1073/Guarda+compartilhada:+o+princípio+da+igualdade+dos+cônjuges+na+inteligência+do+inciso+V+do+artigo+1.634+do+Código+Civil>>. Acesso

em: 23 abr. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Guarda dos filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-los como estabelecido**. Disponível em: <<http://www.reginaldosantosadvocacia.com.br/artigos/detalhes-do-artigo/30/guarda+de+filhos+e+a+nova+perspectiva+de+impor+sancoes+por+violacoes+ao+direito+de+ter+o+filho+em+sua+companhia+ou+de+visita+lo++como+estabelecido+++enio+santar>>. Acesso em: 14 set. 2016.