

Fecha de recepción: 30 de agosto de 2018
Fecha de evaluación: 4 de diciembre de 2018
Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2018

O instituto da guarda compartilhada sob uma ótica realística: a lei N° 13.058/14 e suas implicações*

*Ana Luíza Santana Marques***
*Cássio Malta Scuccato****

Para citar este artículo

Scuccato, C. M. & Santana, A. (2019). O instituto da guarda compartilhada sob uma ótica realística: a lei N° 13.058/14 e suas implicações. *Revista Via Iuris*, (n° 26), pp. 51-65.

RESUMO

Submeter o estatuto da guarda compartilhada à condição de regra foi uma atitude ousada do Direito de Família Brasileiro. Através de uma análise crítica de livros e artigos científicos referentes ao tema e da própria lei n° 13.058/14, a qual dispõe sobre a aplicação da guarda conjunta, se observa como a mesma ainda encontrase muito distante da realidade de uma parcela significativa da sociedade brasileira, distância esta justificada por motivos até mesmo históricos e culturais. Colocar a chamada igualdade parental em prática exige o rompimento de uma série de paradigmas derivados de uma legislação que por muito tempo defendeu o pátrio poder, reforçando a concepção de que pais e mães não possuem as mesmas funções no que diz respeito à criação de seus filhos. Constatadas essas dificuldades de implementação da guarda compartilhada, observou-se também dificuldades pós-implementação, as quais, por muitas vezes, ferem o que mais se deseja preservar: o interesse da criança e do adolescente.

* Este trabajo corresponde a uno de los productos del proyecto de investigación: "O instituto da guarda compartilhada sob uma ótica realística: a lei N° 13.058/14 e suas implicações". (Período 2017- 2018). Minas Gerais (Brasil).

** Investigadora adjunta. Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Diamantina, 2018, Diamantina, Minas Gerais, Brasil. Correo electrónico de contacto: am762644@gmail.com

*** Investigador adjunto. Professor de Direito Econômico, Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado no curso de Direito da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Diamantina, 2018, Diamantina, Minas Gerais, Brasil. Mestre em Direito Internacional e Comunitário, Pós Graduado em Direito Educacional e em Metodologia do Ensino na Educação Superior. Correo electrónico de contacto: cassiosuccato@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n26a3>

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Palavras Chave

Guarda Compartilhada, Direito de Família, Poder Familiar, Igualdade Parental, Determinação Judicial, Desenlace Conjugal.

The institute of the guard shared a realistic optical: Law N° 13.058/14 and its implications

Ana Luíza Santana Marques
Cássio Malta Scuccato

ABSTRACT

Submitting shared custody statute to rule condition was a bold attitude from the Brazilian Family Law. Through a critical analysis of books and scientific articles related to the subject and of the law 13.058/14, which addresses the application of joint custody, it's visible that the share custody it is still very far from the reality of a significant part of Brazilian society, distance that is even justified by historical and cultural reasons. Placing the so-called parental equality in practice requires the breaking of a series of paradigms derived from legislation that for a long time defended the country's power, reinforcing the notion that fathers and mothers do not have the same functions with regard to raising their children. Once these difficulties of implementing shared custody have been observed, there have also been post-implementation difficulties, which, on many occasions, hurt what one wishes to preserve: the interest of the child and the adolescent.

Keywords

Shared Custody, Family Law, Family Power, Parental Equality, Judicial Determination, Marital Estrangement.

El instituto de la guardia compartida bajo una óptica realista: la Ley N.º 13.058 / 14 y sus implicaciones

Ana Luíza Santana Marques
Cássio Malta Scuccato

RESUMEN

El someter el estatuto de la guardia compartida a la condición de regla fue una actitud audaz del Derecho de Familia Brasileño. A través de un análisis crítico de libros y artículos científicos referentes al tema y de la propia ley n° 13.058 / 14, la cual dispone sobre la aplicación de la guardia conjunta, se observa como la misma todavía se encuentra muy distante de la realidad de una parte significativa de la sociedad brasileña, distancia esta justificada por motivos incluso históricos y culturales. Colocar la llamada igualdad parental en práctica exige el rompimiento de una serie de paradigmas derivados de una legislación que por mucho tiempo defendió el patria potestad, reforzando la concepción de que padres y madres no tienen las mismas funciones en lo que se refiere a la creación de sus hijos. Se constataron también dificultades post-implementación, las cuales, a menudo, hieren lo que más se desea preservar: el interés del niño y del adolescente, constatadas esas dificultades de implementación de la guardia compartida.

Palabras Clave

Guardia Compartida, Derecho de Familia, Poder Familiar, Igualdad Parental, Determinación Judicial, Desenlace Conjugal.

L'institution de garde partagée sous un angle réaliste: la loi n ° 13.058 / 14 et ses conséquences

*Ana Luíza Santana Marques
Cássio Malta Scuccato*

RÉSUMÉ

Soumettre le statut de garde partagée à la condition de règle était une attitude audacieuse du droit de la famille brésilien. L'analyse critique d'ouvrages et d'articles scientifiques liés au sujet et à la loi 13.058 / 14 elle-même, qui prévoit l'application de la garde partagée, permet de constater qu'elle est encore très éloignée de la réalité d'une partie importante de la société brésilienne. La distance est justifiée même par des raisons historiques et culturelles. Pour mettre en pratique la prétendue égalité parentale, il faut rompre avec une série de paradigmes dérivés d'une législation qui a longtemps défendu le pouvoir du pays, renforçant ainsi la notion selon laquelle les pères et les mères n'ont pas les mêmes fonctions en matière d'éducation. Une fois que ces difficultés d'application de la garde partagée ont été observées, des difficultés après l'application ont également été observées, ce qui a souvent nui à ce que l'on souhaite préserver: l'intérêt de l'enfant et de l'adolescent.

Mots-clés

Garde partagée, droit de la famille, pouvoir familial, égalité parentale, détermination judiciaire, dénouement conjugal.

INTRODUÇÃO

As famílias brasileiras estão sendo submetidas, nos últimos anos, a significativos processos de reestruturação, remodelando a sociedade como um todo. O núcleo “pai-mãe-filhos” vem cedendo espaço a diversos outros arranjos familiares; e o antes tradicional, único e quase exclusivo, vem sendo substituído pelo pluralismo.

Além de constituições familiares tão diferentes, mudaram também os papéis do homem e da mulher perante, não somente à família, mas a todas as instituições sociais. Tais mudanças são consequência, sobretudo, do ingresso feminino no mercado de trabalho. A partir desse momento, “voltam os homens a assumir mais responsabilidades no lar e a querer participar mais ativamente na vida de seus filhos, incluindo os cuidados físicos” (Filho, 2002, p. 115). O pai, antes visto como genitor provedor se vê agora exercendo funções que até então eram exclusivas da mãe, a quem cabiam todos os cuidados com a prole, com o lar, o que as impedia até mesmo de estudar, inserida numa cultura extremamente machista.

Essa reformulação das famílias brasileiras vem impactando nas decisões jurídicas no tocante ao Direito de Família, exigindo uma sensibilidade enorme por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Criar, recriar e aplicar leis que atendam as demandas advindas dessas transformações requer um conhecimento profundo acerca da contemporaneidade, sem se descuidar das peculiaridades da realidade familiar.

Filho (2002) alega que a guarda conjunta começou a ser proposta por tribunais às famílias que se viram desfeitas quando passou-se a dar a devida importância ao chamado melhor interesse do menor e à medida que a igualdade de gêneros se concretizava, objetivando manter intacta a relação da criança com seus genitores.

O princípio do bem-estar do menor diz respeito sempre ao melhor interesse dos infantes, mas não existe, como não poderia existir, um regramento gessado que impusesse para todas as famílias os comandos legais absolutos. Neste sentido, um dos grandes desafios enfrentados pelo legislador é o de criar regras que possam ser flexíveis ao ponto de serem adequadas aos diversos tipos de família hoje existentes, mas rígidas a ponto de serem eficazes.

Na tentativa de suprir algumas das necessidades de famílias tão plurais —por várias vezes frutos de divórcios e separações—, foi criada a Lei n° 13.058, de 22 de dezembro de 2014, responsável por alterar os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e limitando suas vias de aplicação.

A lei n° 13.058/14 garante aos genitores, ou melhor, aos detentores da guarda, uma divisão igualitária do poder familiar, ao impor à guarda compartilhada a condição de regra, não excluindo a possibilidade de exceções.

Portanto, a ideia de guarda compartilhada seria de instituto que responsabilizasse ambos os pais pela educação, assistência material e moral, preservação dos filhos menores, uma vez que ainda são seres em desenvolvimento, necessitando de um cuidado especial. Ademais, é um dever natural dos pais que consiste na convivência com os filhos, para o exercício de todas as funções, tanto as paternas quanto as maternas. A guarda é a responsabilização de ambos os pais na vida do filho, pois a criança não é culpada pela separação ou desavenças enfrentadas por seus genitores.

A condição de regra garantida à guarda conjunta pela lei n° 13.058/14 divide opiniões no âmbito de Direito de Família Brasileiro. Aqueles que defendem incansavelmente o estatuto, como Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, afirmam ser a lei a primeira a tornar possível e eficaz a igualdade parental. Numa linha não necessariamente contrária, mas, pode-se dizer menos radical, Rolf Madaleno e Clóvis Brasil Pereira, por exemplo, apontam as grandes dificuldades pertinentes ao exercício da co-parentalidade nos casos em que os conflitos ainda não foram superados pelo ex-casal, acabam por colocar em xeque a eficácia tão defendida pelos primeiros.

Exposto esse cenário, o presente artigo visa verificar se o Direito de Família Brasileiro cometeu um equívoco ao consagrar a guarda compartilhada como regra, uma vez que esta, frequentemente, se mostra impassível de aplicação numa sociedade que ainda demonstra, em sua maioria, uma série de dificuldades na compreensão da verdadeira igualdade parental, frente ao exercício do poder familiar e, além disso,

conta com um grande número de casais que, durante o processo de separação, não conseguem se respeitar nem mesmo perante aos filhos, desencadeando a odiosa prática da alienação parental, por exemplo.

METODOLOGIA

Quanto à metodologia, foram feitas análises de normas jurídicas (destaca-se: Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil Brasileiro, leis complementares) de cunho comparativo, confrontando a legislação anterior e a posterior à lei 13.058/14. O estudo de artigos científicos, de diferentes endereços eletrônicos, inerentes ao tema exposto e ao âmbito do Direito de Família Brasileiro em geral, permitiu a investigação das implicações efetivas trazidas pelo instituto da guarda compartilhada. Obras de conceituados autores que versam sobre o Direito de Família e dados estatísticos divulgados por órgãos governamentais, sobretudo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), também foram consultados com o intuito de compreender e comprovar os encadeamentos práticos e o caráter ainda experimental da lei em questão.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Guarda Compartilhada: Conceito e Fundamentação Jurídica

Numa visão simplista e ampla, são pertinentes ao conceito de “guarda”, no que concerne ao Direito de Família, as funções de zelar e cuidar. A ideia de posse e propriedade vem sendo abandonada; Cunha (2018) defende a ideia de que o termo “guarda” deixe de ser utilizado, cedendo lugar à expressão “convivência”. Dito isso, juridicamente falando, um guardião assumiria tanto direitos como deveres. No que diz respeito à guarda dos pais perante seus filhos, esta representaria o exercício do poder familiar, principalmente no que condiz à educação e criação.

Nesse contexto, coexistem diversos modelos de guarda: guarda unilateral, guarda alternada, guarda compartilhada. A última se destacou, nos últimos anos, em vários aspectos no âmbito do Direito de Família, tendo seu conceito explicitamente delineado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se realidade de uma parcela das famílias.

O Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002) traz no artigo 1.583, parágrafo segundo, a seguinte definição de

guarda compartilhada: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”.

Ao assim ficar estabelecido, fica clara a convergência existente entre o Código Civil, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os quais dirigem ao Estado e aos pais (implicitamente, à família em geral) a responsabilidade de priorizar o interesse e o bem-estar da criança e do adolescente.

Em “Famílias monoparentais” (Leite, 1997, p. 261), a guarda conjunta é assim definida: “Ela mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.

Também em defesa da guarda compartilhada, ao defini-la, Filho (2002, p. 115) nos ensina que:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Conviver igualmente tanto com a mãe quanto com o pai seria, então, um direito do menor e não propriamente dos pais, aos quais cabe o acompanhamento e orientação do desenvolvimento da criança e/ou adolescente, numa participação efetiva e proativa, visando, sobretudo, a saúde emocional destes.

Diferenças entre guarda compartilhada e guarda alternada

Como supracitado, são diversos os modelos de guarda existentes. Com a inserção do modelo de compartilhamento no ordenamento jurídico brasileiro, dúvidas e confusões surgiram principalmente no que tange a comparação entre este e a guarda alternada. Portanto, cabe aqui uma diferenciação entre esses dois tipos de guarda e, por que não, o apontamento de algumas semelhanças.

Tanto na guarda conjunta, quanto na guarda alternada, relações estritas são mantidas entre filhos e

pais, além de remeterem à divisão igualitária da convivência. Um dos preceitos básicos para o estabelecimento, tanto da guarda compartilhada, quanto da guarda alternada, é o respeito e companheirismo entre os pais. Sem este cenário, restaria inviável qualquer tipo de guarda, que não a unilateral.

Quanto às diferenças, ressalta-se que, ao contrário da guarda compartilhada, a guarda alternada permanece sendo única, coexistindo as figuras do guardião e do visitador.

Enquanto na guarda compartilhada ambos os genitores exercem, de forma simultânea, todas as responsabilidades sobre o menor, permanecendo o mesmo, em tese todo o tempo com eles, na guarda alternada, ou os filhos alternam entre os domicílios de seus genitores, ou seus genitores se alternam num domicílio único, onde residem a(s) criança(s) e/ou adolescente(s). Dito isso, Filho (2002, p. 110) coloca:

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado, ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador, para, no tempo seguinte, inverterem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Muito se questiona quanto à operacionalização da guarda conjunta, sobre a residência do menor. E esse é um aspecto crucial que diferencia esse modelo daquele referente à guarda alternada, uma vez que, no modelo de compartilhamento, a residência é fixa, única e não alternada —juridicamente definida—. Assim, mais uma vez, priorizam-se os interesses do menor, lhe garantindo estabilidade, já que o domicílio representa o local onde ele realiza suas atividades habituais.

Lei n° 13.058/14: o estatuto da guarda compartilhada

A lei n° 13.058/14 colocou a guarda compartilhada em outro patamar, afinal, impôs a ela a condição de regra. Apesar disso, tal modalidade de guarda já se fazia presente em nosso ordenamento, como na lei n° 11.698, de 13 de junho 2008. Esta última, embora tenha introduzido a guarda compartilhada no Brasil, tendia a priorizar a guarda unilateral e foi

considerada ineficaz por não atender uma série de demandas das famílias brasileiras.

A lei N° 13.058/14 “prioriza a guarda compartilhada e impõe igualdade parental”, (Dias, 2015, p. 522). Essa colocação encontra fundamento no fato de o poder familiar não ser simplesmente dissolvido, ou até mesmo concedido apenas a um dos genitores, no caso de divórcio, por exemplo. Aqui, os filhos são colocados no centro da situação e ambos os genitores continuam exercendo o poder familiar.

Relativamente à condição de regra supracitada, a lei N° 13.058/14, ao modificar o artigo 1.584 do Código Civil, estabelece que a guarda compartilhada não mais depende de uma relação harmônica entre os pais, podendo ser aplicada, agora, por determinação judicial.

Imediatamente, indaga-se como pode um casal que não convive de forma harmoniosa, exercer conjuntamente, ou melhor, compartilhadamente, a guarda do(s) filho(s) menor(es).

Por mais que seja indesejável, é muito comum os pais utilizarem os menores como moeda de troca. Por exemplo, um alimentante inadimplente é impedido de exercer seu direito de visitas pelo guardião até que quite o débito alimentar, quando, na verdade, o direito de visitas não é perdido pelo não pagamento dos alimentos, uma vez que tanto o direito à visitação quanto o de perceber alimentos são direitos do(s) menor(es).

Neste mesmo sentido, cabe ao alimentante, inadimplente ou não, um dever de visitação, uma vez que a presença de ambos os genitores é de suma importância na formação/crescimento do(s) menor(es).

Paradigmas foram quebrados: a guarda unilateral passou a ser a exceção! Isso porque, segundo a lei de 2014, a guarda conjunta só não será aplicada quando um dos pais se abster de exercê-la, ou quando o juiz julgá-la inviável (após análise, vale ressaltar, dos interesses do menor). Temos então, no artigo 1.584, parágrafo segundo, do Código Civil (Brasil, 2002):

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.

O artigo 1.634, do mesmo dispositivo legal, também fora modificado pela lei nº 13.058/14. Esse, ao colocar ambos os pais, independentemente da situação conjugal, como detentores do poder familiar, competindo tanto a mãe quanto ao pai, o exercício do mesmo, assegura a chamada igualdade parental. Segundo Dias (2015, p. 531):

A dissolução dos vínculos afetivos dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da conjugalidade dos genitores não pode comprometer os vínculos de parentalidade, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que o divórcio ou a dissolução da união estável dos pais acarreta nos filhos.

Ressalta-se então, no tópico seguinte do presente artigo, se a sociedade brasileira compreende de fato a igualdade parental, encarando ambos os genitores como iguais no exercício do dito poder parental.

Brasil: um país marcado pelo patriarcalismo

Embora as funções materna e paterna tenham sofrido alterações, como já foi dito, a sociedade brasileira possui um histórico sociocultural fortemente marcado pelo patriarcalismo. Ainda hoje, não é nada incomum grande parcela dos brasileiros defenderem o pátrio poder, por exemplo. Estaria então esta mesma sociedade preparada para adotar, como regra, a guarda conjunta? Pais, mães, dentre outros responsáveis pela criação de crianças e adolescentes, realmente se veem como “iguais” nesse exercício de criação?

Desde que as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, seus papéis e funções frente às suas famílias e à sociedade passaram a ser vistos sob uma nova ótica. Na verdade, numa análise bastante realista, funções foram acrescentadas à dona de casa e mãe. Inevitavelmente, o homem, por vezes, tão somente provedor, se viu exercendo efetivamente seu posto de pai.

Contudo, o patriarcalismo encontra resquícios ainda hoje e o processo de transição não se findou, possuindo as mulheres desvantagens acumuladas ao longo da história. Há quem ainda diga que um pai,

ao trocar a fralda de seu filho, faz um favor à mãe, ao invés de encarar que, desde o nascimento, o pai deve participar da criação de seu filho.

Assim exposto, é possível compreender, sem esforço algum, como a imposição coacta da guarda compartilhada contraria uma realidade fática. Temos uma sociedade que, em sua maioria, não encara pais e mães como iguais no que diz respeito às obrigações com a prole e por isso, uma imposição do tipo pode trazer prejuízos que recaem justamente naqueles que pretendemos proteger: os filhos!

Mesmo quem defende veementemente o compartilhamento da guarda há de reconhecer o quanto a mentalidade patriarcal se faz presente nos mais diversos níveis sociais. Cunha (2018) afirma: “Grande parte das sentenças judiciais, apesar da lei, ainda é pela guarda unilateral.” E continua: “Ainda estamos vivenciando um processo histórico de implementação da cultura da guarda compartilhada, e sua evolução depende da quebra de paradigmas da estrutura patriarcal”.

Vale ressaltar que a incompatibilidade da guarda conjunta com a prática também se relaciona com o fato desse pensamento patriarcal propagar que somente a mulher é capaz de criar e educar seus filhos, desqualificando totalmente o homem no exercício de sua paternidade. É uma via de mão dupla: enquanto o homem apenas provê, a mulher, também de maneira exclusiva, cuida.

Desmistificar todo um passado histórico-cultural e adotar a ideia de que pai e mãe são capazes e responsáveis pelo desenvolvimento saudável de seus filhos é um processo que antecede a implementação da guarda compartilhada, ou seja, o compartilhamento por si só, por via de imposição, não é capaz de modificar sentidos comuns tão enraizados.

Mudanças gradativas: a plurissignificação da família

Fatores históricos e culturais, como os já mencionados, explicam as dificuldades ainda persistentes que impedem a adoção efetiva da guarda compartilhada e, mais que isso, tornam imprecendente o seu condicionamento à regra. Contudo, há de se reconhecer os avanços do nosso ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao Direito de Família, no sentido de reconhecer a plurissignificação atual das famílias brasileiras.

As constituições familiares são, hoje, tão diversas que alguns autores, como Maria Berenice Dias, preferem não falar mais em um “Direito de Família” e sim, em um Direito das Famílias. O termo, certamente mais abrangente, possui a intenção de englobar todos aqueles que se unem, sobretudo, em nome do afeto e, independente de laços consanguíneos ou meras definições legais, se consideram pertencentes à mesma família.

Objetivando uma legislação cada vez menos discriminatória e que atenda, verdadeiramente, os anseios de seus cidadãos, Lourival Serejo (2014, p. 29) acredita que “o Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade”. Considerando a rigidez intrínseca ao nosso sistema normativo, tal velocidade torna-se discutível, o que não anula o aprimoramento contínuo desse ramo do Direito.

Confrontando o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, vigente, Rosenvald sintetiza o processo de redefinição do conceito de família:

De uma família sacralizada por um monolítico perfil casamentário, patrimonializado, hierarquizado e indissolúvel —basicamente um modelo (re)produtor de segurança jurídica—, paulatinamente se descortina um caráter plural das famílias, como comunidades intermediárias que instrumentalizam relações humanas pautadas pela solidariedade.

O que permite ao Direito de Família reconhecer tamanha pluralidade são os princípios consagrados em nossa Constituição Federal de 1988. Antes desse dispositivo legal, o Estado reconhecia e normatizava apenas um modelo único de família, marginalizando todos os outros que, apesar de não considerados “legais” e desprovidos de qualquer amparo, sempre existiram. Assim temos, em seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Brasil, 1988).

Não temos mais um núcleo pré-estabelecido: pai e filhos; mãe e filhos; pais divorciados e seus filhos; avós e netos e tantos outros arranjos familiares são possíveis, existem e possuem, por direito, proteção do Estado. E, estatutos com o da guarda compartilhada, somente são pautas em nosso Direito em virtude desse reconhecimento.

Desigualdade em números

Algumas das diversas transformações pelas quais as famílias brasileiras passaram nos últimos anos já foram expostas. Objetiva-se no presente tópico apresentar, sobretudo por meio de dados estatísticos, até que ponto homens e mulheres se igualam no desempenho de suas funções perante seus filhos e assim, consolidar como a prática da guarda compartilhada ainda se distancia da nossa realidade fática.

Ressalta-se que, em nome do melhor interesse do infante, não há dúvidas de que o compartilhamento da guarda é ideal, afinal, é direito do menor, enquanto sujeito de direitos, conviver com seus genitores, uma vez que tal convivência é primordial para um desenvolvimento psíquico e físico saudável. Todavia, nem sempre o ideal pode e deve ser aplicado, como será demonstrado.

O movimento feminista, o ingresso feminino no mercado de trabalho, a revogação de leis como a do Estatuto da Mulher Casada e a criação de outras como a da Lei Maria da Penha, são provas de que, mesmo à longo prazo, a desigualdade de gêneros diminui. São lutas diárias que buscam cessar todas as desvantagens que as mulheres acumularam no decorrer dos anos. Entretanto, desmistificar todo um passado é um processo lento; os números mostram o quão distante estamos do fim.

Tecer todo esse contexto histórico é de suma importância para compreendermos os impasses que cercam a guarda compartilhada, afinal, são esses fatores histórico-culturais que explicam porque ainda é tão difícil assimilar a divisão igualitária do poder familiar para então efetivar o modelo de compartilhamento de guarda.

A família é uma instituição independente e pré-existente ao Direito, sendo o mesmo não responsável pela normatização e concretização da primeira, a qual se altera e se adapta em um ritmo próprio. Ou seja, a imposição da guarda conjunta como regra acaba por despertar estranhamento e rejeição, uma vez que não respeita tal ritmo e desconsidera a predominância de um pensamento patriarcal fortemente enraizado que faz a proposta parecer inviável na prática. Segundo o IBGE (2017, p. 1):

As mulheres, mesmo as ocupadas no mercado de trabalho, ainda são a grande maioria a executar afazeres domésticos e cuidar das crianças. Em

2016, somando-se as horas dedicadas a essas atividades no domicílio e à ocupação propriamente dita, as mulheres trabalharam mais do que os homens, com uma carga horária média que ultrapassou 54 horas semanais; os homens trabalharam, em média, 51,5 horas semanais.

Comprova-se aqui um fato já mencionado: o ingresso feminino no mercado de trabalho, para muitas, representou o acúmulo de funções e sobrecarga. As mulheres, em sua maioria, assumiram a chamada “dupla-jornada”, ao retornarem da sua ocupação remunerada, chegam em casa para desempenhar as denominadas “funções invisíveis”: tarefas domésticas e cuidados com os filhos.

Os dados estatísticos confirmam tais discrepâncias ano após ano. “Em 2017, as mulheres continuaram a trabalhar 20,9 horas por semana em afazeres domésticos e no cuidado de pessoas, quase o dobro das 10,8 horas dedicadas pelos homens.” (IBGE, 2018, p. 1).

O Raseam (Relatório Anual Socioeconômico da Mulher)2015/2016, apontou uma das justificativas para a persistência desse quadro:

(...) desde a infância, meninas dispõem de mais horas nesse tipo de atividade do que meninos. No grupo etário de 10 a 14 anos, a jornada de afazeres domésticos das meninas foi de 11,2 horas contra 7,3 dos meninos, apontando para uma necessária mudança nos padrões culturais por meio de políticas sociais voltadas para esse fim. (Brasil, 2018, p.18)

A análise de números como estes nos permite aferir que a lei nº 13.058/14 representa uma mera idealização para uma maioria, posto que, o binômio “mãe cria-pai provê” não depende do condicionamento à regra da guarda compartilhada para ser desfeito. Sendo assim, uma decisão judicial por si só não consegue fazer com que pais e mães se enxerguem como iguais na educação e criação de seus filhos, comprometendo então a efetividade do compartilhamento.

A efetividade da guarda conjunta também merece devida atenção. Atualmente são poucos os estudos e pesquisas que se ocupam com as famílias brasileiras que já passaram pela implementação do compartilhamento. O estudo “Guarda compartilhada:

perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental”, publicado no “Periódicos Eletrônicos em Psicologia”, em 2015:

(...) buscou conhecer o relato de pais e mães a partir de suas vivências em relação a esta modalidade de guarda. Para tanto, integraram esta pesquisa três mães e dois pais que estabeleceram em acordo, realizado em uma assistência judiciária gratuita, a guarda compartilhada. (Alves; Arpini; Cúnico, 2015).

Após entrevistar esses pais, as pesquisadoras chegaram ao resultado de que os mesmos tinham conhecimentos claros sobre esse modelo de guarda, sabiam como deveriam proceder. Apesar disso, sua efetivação ficou comprometida por motivos como: afastamento daquele que não reside com os filhos, conflitos constantes entre o ex-casal e a presença de um novo companheiro por parte de um dos genitores.

Novamente nos deparamos com situações em que a guarda compartilhada, embora almejada e desejada, não se concretiza, não sendo o Judiciário capaz de garantir a co-parentalidade quando os próprios genitores não se vêm aptos e no dever de exercê-la.

Cabe aqui uma observação, já que não se defende a inaplicabilidade completa do compartilhamento da guarda, sendo este sim possível e indicado em parte dos casos. As famílias que, por deferimento judicial ou decisão consensual, adotarem esse modelo, necessitam de um acompanhamento interdisciplinar, a fim de promover uma separação eficiente entre os conflitos conjugais e o exercício da parentalidade, evitando que os primeiros recaiam sobre o segundo, possibilitando relações paternas e maternas filiais realmente saudáveis.

Mais uma vez, o presente artigo salienta que não almeja desconsiderar e desconhecer os benefícios da guarda compartilhada para crianças e adolescentes. A questão aqui colocada é a adoção de tal modelo como regra, visto que o Direito de Família tem sim a função de orientar e incentivar as famílias a protegerem crianças e adolescentes da melhor forma possível. Em contrapartida, essa orientação e incentivo devem de estar de acordo com a vivência real dessas famílias, fazendo com que elas se sintam de fato amparadas e atendidas pelo Judiciário e pelo Legislativo.

A Guarda Compartilhada na Prática

A guarda compartilhada pode sim ser a melhor alternativa para uma parcela de famílias que se viram diante de um divórcio, por exemplo. Porém, o fato dessa parcela ainda representar um número pequeno não pode ser ignorado. A divisão igualitária do poder familiar proposta na lei n° 13.058/14, muitas vezes, não condiz com o plano fático.

“Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento.” (Filho, 2002, p. 151). Ao passo que essa flexibilidade traz bônus, também se verifica na mesma que, ela só será assim benéfica se os guardiões conseguirem deliberar conjuntamente, fato este nem sempre dotado de tamanha simplicidade.

Cada família que passa por um divórcio ou separação conjugal é um caso concreto distinto dos demais e “(...) existe um vácuo enorme entre o que é desejável para os filhos – o compartilhamento da convivência com os pais, e o que é possível, tendo em vistas as peculiaridades de cada caso.”, (Pereira, 2015, §22).

Torna-se, então, fundamental uma relação amigável e harmônica entre os guardiões para a concretização dos benefícios previstos pelo estatuto da guarda compartilhada. Deve-se estabelecer uma separação nítida entre relações conjugais e relações parentais, situação esta ideal, mas nem sempre real, e quando se torna realidade, nem sempre ocorre de maneira célere.

Apesar de defensora do compartilhamento da guarda, Dias (2015, p. 527) também admite como verdadeira essa dificuldade prática, principalmente nos casos em que os ex-casais encontram-se em constante conflito:

Não conseguindo os genitores, de comum acordo, definir a guarda dos filhos, é chamada a justiça para tomar essa difícil decisão. Ora, se nem os genitores – que são ou deveriam ser os maiores interessados no bem-estar da prole – conseguem entrar em acordo, muito mais dificuldade terá um estranho para julgar de modo a atender à determinação judicial impor a guarda compartilhada, estabelecendo o tempo de convívio de cada um de modo equilibrado (CC 1.583 § 2°).

Apresentadas tais circunstâncias, estudamos justamente os riscos desse binômio: pais num contínuo embate versus decisão judicial.

O exercício da guarda compartilhada após deferimento judicial: divergências entre os guardiões

O exercício da guarda compartilhada, depois de deferida decisão judicial, é dotado de grande complexidade no que concerne à averiguação da co-parentalidade, ou seja, se a igualdade parental é concreta ou não. Isso porque, mesmo que estabelecido judicialmente, os cuidados e convivência podem não ser compartilhados de forma saudável e efetiva.

Como já mencionado, cabe a lei n° 13.058/14 aplicar a guarda compartilhada mesmo quando não há acordo entre os pais. São justamente esses casos que apresentam um dos fatores que mais compromete a efetividade do compartilhamento: a persistência de conflitos entre os ex-companheiros.

A guarda conjunta tem, como uma de suas principais finalidades, atender necessidades afetivas e emocionais da criança e do adolescente, o que condiz com o princípio de melhor interesse do menor adotado pelo nosso ordenamento. Em contrapartida, deferir a ela em meio a uma relação desarmônica ocasionada pelo desenlace conjugal pode gerar efeitos contrários e acabar por comprometer a saúde emocional daquele que se pretende proteger. Filho (2002, p. 177) adverte:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.

Quando os pais não conseguem afastar seus filhos de seus conflitos conjugais, a segurança, a confiança, a estabilidade emocional e autoestima do menor são prejudicadas. Os danos podem ser irreversíveis, isso sob uma ótica mais propriamente voltada para o âmbito da psicologia, uma vez que, após a separação seguida de guarda compartilhada por determinação judicial, nem pais nem filhos são acompanhados por psicólogo ou assistente social, já que não consta a obrigatoriedade desses instrumentos de acompanhamento na lei n° 13.058/14.

Defender a guarda compartilhada sobre o pressuposto de que ela, por si só, garante uma relação saudável do menor com ambos os genitores significa ignorar os casos nos quais os guardiões encontram-se em constante conflito, situação esta que interfere diretamente na saúde emocional de crianças e adolescentes. É difícil acreditar na concretização da co-parentalidade quando os pais não conseguem, ao menos, se respeitar.

Compartilhamento da guarda e o princípio do melhor interesse do menor

O princípio do melhor interesse do menor encontra respaldo já na Constituição Federal (1988), mas também no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Em ambos, crianças e adolescentes são encarados como verdadeiros sujeitos de direito, possuindo resguardados, sobretudo no artigo 3º desse Estatuto, “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (Brasil, 1990). Tal princípio representa justamente um dos fundamentos jurídicos que justificam o condicionamento da guarda compartilhada como regra, determinação da lei nº 13.058/14, como já explanado.

Um dos avanços trazidos pela efetiva observância desse princípio refere-se a “uma evidente mudança quanto ao foco dos interesses a serem privilegiados, que deixou de ser aquele dos agentes do poder para os seus destinatários” (Scaff, 2018, p. 3), ou seja, juridicamente falando, atualmente se preza, em primeiro plano, pelos interesses da criança e do adolescente, em detrimento dos interesses daqueles que exercem o poder familiar, seus pais. Scaff (2018, p. 4) justifica:

Assim, aquele que mais necessita de proteção deverá merecer, por parte do ordenamento jurídico, maior atenção e respaldo. Em suma, fragilidade reconhecida na figura do filho que não atingiu uma determinada idade determinará o espírito norteador do exercício do poder familiar.

E é nesse sentido que o compartilhamento da guarda é defendido: a divisão igualitária desse poder (familiar) representa o cumprimento desse princípio (do melhor interesse do menor).

Contudo, uma análise da questão sob uma ótica realística, como foi feito ao longo de todo esse artigo, traz pontos que contrapõem esse argumento.

Isso porque não há critérios rígidos e absolutos quando se trata do melhor interesse do menor, do contrário, sua concreção só é possível a partir de uma aplicação adequada a cada caso concreto e a condição de regra do estatuto da guarda compartilhada segue um caminho oposto, voltado não para a particularidade e sim para a generalidade.

O que realmente garante a centralidade dos interesses do menor é o exercício consciente do poder familiar, e isso, o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de ser uma regra, não é capaz de garantir.

CONCLUSÃO

Diante de todo conteúdo exposto, atesta-se a complexidade do momento em que se encontra o processo de mudanças históricas e culturais ao qual estamos submetidos. Não há dúvidas de que uma das instituições sociais mais afetadas por esse processo é a família, apresentando-se cada vez mais multifacetada.

No âmbito familiar, pais, mães e os demais responsáveis pelos menores reconstróem seus papéis, modificam suas funções e reconhecem a importância de sua participação efetiva na educação e criação desses.

Acompanhando tais transformações, outras esferas sociais, como o Direito, com o apoio de diferentes disciplinas, como a Psicologia, também progredem e evoluem para melhor atenderem os indivíduos, em especial, às novas concepções familiares, bem como suas demandas.

Com esse fim, o Direito de Família trouxe como proposta a guarda compartilhada, a qual representaria a saída ideal para aquelas famílias que se viram desfeitas pelo divórcio ou fim da união estável, uma realidade frequente atualmente. E é justamente nessa idealização que se cometeu uma falha.

As atuais circunstâncias, ainda bastante oscilantes, exigem experimentação e estudos, os quais deveriam anteceder a concretização de tal norma jurídica. Por mais que tenham sido analisadas experiências estrangeiras, o Brasil apresenta realidades familiares muito particulares, o que dificulta o apontamento de soluções generalizadas. Tal condição não implica, de forma alguma, a inércia do sistema jurídico brasileiro, mas sim, uma tomada de decisão mais cautelosa.

Ao cenário patriarcal foi imposta uma reorganização, à medida que crescia a participação feminina no mercado de trabalho. Todavia, a responsabilização de homens e mulheres frente às tarefas domésticas e de cuidado não acompanharam esse processo de forma gradual e automática. Esse descompasso possui relevância, uma vez que a efetivação da guarda compartilhada requer, em primeiro plano, a consciência da necessidade de uma divisão igualitária dessas tarefas.

Por mais que uma parte dos pais se vejam hoje como iguais no que diz respeito à criação de seus filhos, não podemos nos deixar levar pela “romantização” da paternidade, nem da maternidade. Ficou provada a dificuldade ainda existente na compreensão da igualdade parental e, conseqüentemente, da sua colocação em prática.

Partindo do pressuposto de que nossa Constituição Federal adota como princípio o melhor interesse da criança, não podemos negar os benefícios da guarda

compartilhada, devendo sim ela ser esplanada e apresentada à sociedade pelo Direito de Família. Em contrapartida, conceder a ela a condição de regra é o mesmo que fechar os olhos para as dificuldades de se implantá-la num grupo social repleto de relações repetidamente marcadas por discrepâncias, sobretudo, entre as funções de pai e mãe.

Defende-se, então, a interveniência estatal, por meio da qual o Estado, através de políticas públicas, auxiliaria a sociedade brasileira a desconstruir continuamente a cultura da divisão sexual do trabalho. Destaca-se o caráter inaugural desta medida, de modo que a mesma se vincule, necessariamente, a posteriores alterações de matéria legislativa. A ruptura de parâmetros sócio-culturais representa uma etapa transitória de um longo processo guiado, principalmente, pela própria coletividade. Assim, cabe ao Direito criar condições que viabilizem tais transições, uma vez que, no referido caso, imposições se mostram incompatíveis com a prática.

REFERÊNCIAS

- Alves, A. P., Arpini, D. M. Y Cúnico, S. D. (2015). Guarda compartilhada: perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental. En: *Estud. pesqui. psicol.* vol.15 nº.3 Rio de Janeiro nov. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812015000300008. Acesso em: 23 de maio de 2018.
- Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 de maio de 2018.
- Brasil, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 10 de maio de 2018.
- Brasil, Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 10 de maio de 2018.
- Brasil. Presidência da República. (2018). *Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres Relatório Anual Socioeconômico da Mulher*. 1ª impressão. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres, abril, 2018.
- Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código civil*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira – São Paulo: Editora Edipro, 2017.
- Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização Alexandre de Moraes – 45. ed., rev. ampl. – São Paulo: Editora Atlas, 2018.
- Dias, M.(2008). Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda! . Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_603\)1_guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1_guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf). Acesso em: 21 de maio de 2018
- Dias, M. B.(2015). *Manual de direito das famílias*, 10. ed.rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Filho, W. G.(2002). *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. – 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) .(2018). Livro informativo Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2018.
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) (2017). *Tarefas domésticas impõem carga de trabalho maior para mulheres*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18568-tarefas-domesticas-impoem-carga-de-trabalho-maior-para-mulheres>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). (2018). *Mulheres continuam a cuidar mais de pessoas e afazeres domésticos que homens*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20912-mulheres-continuam-a-cuidar-mais-de-pessoas-e-afazeres-domesticos-que-homens>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.
- Leite, E. O. (2003). *Famílias Monoparentais*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Madaleno, R.(2013). *Curso de direito de família*. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense.

- Perreira, C. B. A.(2015). *Guarda Compartilhada, entre o desejável e o possível*. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/a-guarda-compartilhada-entre-o-desejavel-e-o-possivel/>. Acesso em: 17 de abril de 2018.
- Pereira, R. C.(2018). *Guarda Compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/guarda-compartilhada-o-filho-nao-e-de-um-nem-de-outro-e-de-ambos/>. Acesso em: 06 de junho de 2018.
- Rosenvald, N.(s.f). *Solidariedade Familiar*. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_8513eafd50634628aee164a682af53da.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2018.
- Scaff, F. C. (s.f). *Considerações sobre o Poder Familiar*. Disponível em: <http://www.camposcaffadvogados.com.br/public18.pdf>. Acesso em 07 de agosto de 2018.
- Serejo, L.(2014). *Direito constitucional da família*. – 3ª ed. – Belo Horizonte: Editora Del Rey.
- Soldá, A.& Martins, P. A. (s.f). Nova lei da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/23/artigos/artigo08.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2018.
- Sousa, M. T. C.& Waquim, B.(2015). *Do direito de família ao direito das famílias: A repersonalização das relações familiares no Brasil*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p71.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

