



**Universidade Federal do Rio Grande
Faculdade de Direito**

**Sâmya Vieira Ferreira
Profa. Orientadora: Dra. Simone de Biazzi Avila Batista
da Silveira**

**A ORDEM DAS FAMÍLIAS E A APLICABILIDADE DA GUARDA
COMPARTILHADA EM CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**RIO GRANDE
2016**

Sâmya Vieira Ferreira

**A ORDEM DAS FAMÍLIAS E A APLICABILIDADE DA GUARDA
COMPARTILHADA EM CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado no curso de Direito da Universidade Federal de Rio Grande, como requisito para obtenção do grau de bacharel em ciência jurídica. Orientadora: Prof. Dra. Simone de Biazzi Avila Batista da Silveira

RIO GRANDE

2016

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande e à Faculdade de Direito por proporcionarem a oportunidade de ampliar os meus conhecimentos e transformar a minha sensibilidade sobre as questões jurídicas. A todos os profissionais da instituição, em especial à orientadora Professora Doutora Simone que facilitou o rumo e o desenvolvimento do meu trabalho com dedicação. Aos meus colegas de faculdade pela convivência acolhedora e solidária.

A todas as amigas que estiveram ao meu lado, por conseguirem respeitar o afastamento necessário e se fazerem presentes mesmo quando ausentes.

Aos meus pais e família - meu núcleo de afeto, agradeço eternamente pela cumplicidade e por acreditarem no meu potencial e realização.

Especialmente à minha amada mãe Mara por me incentivar e oferecer, de todo o coração, seu suporte e amor infinito desde meu primeiro dia de vida. Eu somente concluo esta etapa porque tu me incentivaste. Espero conquistar uma vida plena e guiada pelo respeito, humildade, garra e caridade - como me ensinas diariamente. Minha gratidão eterna.

Especialmente ao meu generoso pai Alvaro, aquele que antes de partir me ensinou a voar e hoje segue bússola do meu caminho com os conselhos permeados de sabedoria e serenidade que eternizei no coração. Que a saudade do peito seja um modo de inspiração para alcançar equilíbrio. Minha gratidão eterna.

Ao noivo Thiago, querido amor que descobri no primeiro ano de curso e seguirá comigo trilhando um caminho de honestidade na construção dos nossos sonhos. Tu foste um grande encorajador nesta conquista.

À “Vó” Lizah, senhorinha com espírito jovial que muito amor depositou na minha criação, meu verdadeiro reconhecimento pela sua dedicação desde sempre.

A minha Susinha, amiguinha de quatro patas que durante dezoito anos encheu minha vida de graça e pêlos. Obrigada por passar por mim.

A Deus, grande fonte de força que contempla minha existência. À vida, que em sua plenitude merece ser sempre celebrada.

Finalmente, a todos que me ajudaram a construir um Direito de Família cheio de empatia!

Resumo: A presente pesquisa possui como escopo analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada como instrumento que privilegie o melhor interesse da criança e do adolescente. No contexto, é preciso considerar as condutas de gênero e igualdade parental dentro da família para alcançar uma compreensão ampla e focal da Lei 13.058 de 2014, para viabilizar relações mais justas e harmonizadas no valor do afeto. Busca-se uma análise sobre os modelos de guarda e como cada aplicabilidade pode alcançar a vida dos responsáveis e da prole comum, percebendo as questões que envolvem o casal parental dentro da compreensão de deveres e direitos intrínsecos à parentalidade. Pretende-se, outrossim, verificar a pretensão da Lei 13.058 de 2014 exatamente no seu propósito de atender aos interesses dos filhos, sobretudo, como uma prioridade que proporcione um maior bem-estar.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Igualdade parental. Valor do afeto, Melhor interesse da criança e do adolescente.

Abstract: This research has as scope to analyze the applicability of joint custody as a tool that gives priority to the best interests of the child and adolescent. In the context, it is necessary to consider the conduct of gender and parental equality within the family to reach a wide and focal understanding of Law 13.058 of 2014 that enables more equitable relationships and harmonized in the value of affection. Search is an analysis of the guard models and how each applicability can reach the lives of responsible and common offspring, examining issues involving the parental couple about the within the understanding and intrinsic rights to parenting. It is intended, moreover, check the pretension of Law 13.058 of 2014 exactly in its bid to serve the interests of children, especially, as a priority to provide greater well-being.

Keywords: Joint custody. Parental equality. Value of affect. The best interests of children and adolescents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A PERCEPÇÃO DA FAMÍLIA E SUA PLURALIDADE DE VÍNCULOS	8
1.1 A tentativa conceitual de família e seus arranjos diversos.....	8
1.2 A igualdade essencial entre gêneros e suas condutas na família.....	10
1.2.1 A autonomia da mulher e o mito do amor materno.....	13
1.3 O valor do afeto.....	16
2. A PARENTALIDADE	19
2.1 O que é a parentalidade.....	19
2.2 A autoridade parental.....	20
2.3 Da responsabilidade parental.....	21
2.3.1 Direitos e deveres intrínsecos à autoridade parental.....	23
3. A GUARDA – DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	25
3.1 Tentativa Conceitual.....	25
3.2 Modalidades de Guarda.....	27
3.2.1 Guarda unilateral.....	28
3.2.2 Guarda alternada.....	31
3.2.3 A essência da Guarda Compartilhada e a Lei 13.058/14	33
3.3 O “consenso” e os aspectos psicológicos no compartilhamento.....	36
4. DA SINTONIA ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE	40
4.1 Benefícios da aplicabilidade da guarda compartilhada.....	40
4.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	41
4.3 A aplicação da Guarda Compartilhada em consonância ao Princípio do Melhor Interesse do menor.....	42
CONCLUSÃO	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo viabilizar uma compreensão entre a marcha que impõe os laços da família e seus novos “ruídos”, buscando uma análise sensitiva que preconize o reconhecimento sobre formas de viver que se (re)inventam e (re)estabelecem, essencialmente, em grandes singularidades tendo como norte, especialmente, a questão que regulamenta a vida dos pais e de sua prole comum quando inexistente o casal conjugal dentro de uma relação de companheirismo.

A compreensão acerca da composição dos laços familiares nesse estudo é objeto de grandes inquietações pois – dependendo do ângulo histórico, dos acontecimentos e dos interesses por eles despertados, há uma diversidade de ordens a vislumbrar sobre a ideia de família, não sendo possível tratar do tema no singular, mas, apenas, no seu plural. Ao passo que não existe uma uniformidade entre estudiosos em conceituar o que é família – por parecer algo bastante simbólico, há um consenso de que é, justamente, na família que habita um contexto de relevantes mutações, dentro das questões sociais e jurídicas.

Assim, a premissa do trabalho está em caracterizar uma nova ideia de família que afaste o senso comum e possibilite um discurso capaz de elevar o princípio que atende ao melhor interesse da criança e do adolescente sendo, para tanto, mister esclarecer que o interesse do menor emerge como ponto central nesta pesquisa, compreendendo-se “interesse” como gama variada que absorve expectativas materiais, morais, emocionais e espirituais e que simbolizam relevância na compreensão social, dos pais e do próprio Judiciário. Questiona-se qual seria a forma menos gravosa de gerir a guarda da prole e viver sadiamente os laços, sobretudo com a apreciação da aplicabilidade da guarda compartilhada, sob os fundamentos da Lei nº 13.058/2014.

Pretende-se, assim, pesquisar sobre as alteridades que envolvem a dinâmica da autoridade parental e se a ausência do casal conjugal sensibiliza a atuação do casal parental, originando-se, aqui, indagações sobre a problemática do trabalho. Busca-se esclarecer sobre os direitos e deveres comuns aos pais, observando-se o desempenho da parentalidade e o desdobramento das relações paterno-filiais.

Ademais, ressalta-se que o instituto da guarda compartilhada pode ser abordado sob diversas nuances, mas aqui vislumbrar-se-á sua harmonização dentro das relações, precisamente porque se acredita que a modalidade da guarda

unilateral, tão tendenciosa, satisfatoriamente não atenda às melhores questões da prole, enquanto a guarda compartilhada parece almejar a aproximação entre todos envolvidos e talvez possa minorar os danos causados aos filhos pela não convivência dos pais.

Salienta-se que a metodologia utilizada nesta pesquisa será de análise doutrinária pelo método dedutivo através das referências bibliográficas, de modo que haja uma reflexão sobre o contexto, trazendo aspectos psicológicos e, sobretudo, pontuações sobre uma sociedade e um Judiciário enraizados a velhos conceitos e que, de certa forma, obstaculizam o valor do afeto.

Por fim, objetiva-se alcançar se a guarda compartilhada permite um desenvolvimento mais tranquilo para os filhos com a devida observância às suas propostas, bem como de outras modalidades.

1 A PERCEPÇÃO DA FAMÍLIA E SUA PLURALIDADE DE VÍNCULOS

1.1 A tentativa conceitual de família e seus arranjos diversos

A família - mais do que qualquer pretensa definição, acaba sendo a especificação de várias organizações que elaboram não somente as relações entre pais e filhos como também as relações de pessoas que estão ligadas por um vínculo seja ele caracterizado pela consanguinidade, afinidade ou, quem sabe o mais nobre dos vínculos, a afetividade. Para alargar essa compreensão, para Dias (2015, p. 52) “é mister uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade”. Apreende-se, a partir disso, que a assimilação da composição simbólica da família demanda, além de uma tentativa de conceito engessado pois, por envolver sujeitos individuais em suas peculiaridades, exige que o entendimento alcance uma dinâmica mais flexível e transigente, tendo em conta o forte elemento da subjetividade e o próprio desafio que é destacar a diversidade de personagens para contemplar esse núcleo.

Diante da tentativa conceitual pretende Giorgis (2015, p. 20-1) que “a família vivencia um elemento ativo, nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior para a superior à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”. Com aprofundamento, o mesmo autor permite exemplificar a pluralidade dos arranjos, discriminando no seu conceito a diversidade mais intrínseca ao enxergar o que chama de “cardápio de famílias” e assim define:

[...] monoparentais, recompostas binucleares, casal com filhos de matrimônios anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem pais, casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, úteros de substituição: é grande a lista dos diversos arranjos familiares (GIORGIS, 2015 p. 20).

Tal pensamento traz à baila a extravagância que abriga a temática, sobretudo, permitindo a legitimação da família dentro de variações sobre o mesmo tema. É notório que as transformações da sociedade impulsionaram uma nova dinâmica na construção das famílias que parecem assumir próprias ordens para expressar sua essência. Nesse seguimento, Roudinesco (2003) prepondera que a

família não se dissolveu, somente passou por um processo de reformulação, possibilitando que as gerações e as famílias se reorganizassem de forma diferente.

Parece não haver, então, o que se falar em família de forma selada ou concreta, haja vista a impermanência e alternância dos desejos daqueles que integram as relações, permeados de liberdade para escolher como e com quem preferem viver dentro da subjetividade de cada um. Recomenda-se, outrossim, refletir que a Constituição Federal de 1988 acolhe um modo de vida livre, bem como aprova as uniões informais já largamente instituídas no mundo dos fatos e reconhece suas significâncias no plano jurídico, contribuindo imensamente na edificação de uma justiça social. Nesse sentido, as diversificadas entidades familiares constituídas merecem proteção e respeito por suas próprias definições e fundamentos.

Em que pese a ressonância das considerações até então destacadas, é imprescindível dizer que a sociedade por algum tempo ecoou um ruído bastante forte sobre uma família estabelecida em relações de domínio e com profunda desigualdade entre indivíduos do próprio corpo familiar – no qual o homem seria dotado de poderes ilimitados enquanto a mulher seria quase despersonalizada; sendo instrumentalizada para suprir necessidades fisiológicas e, especialmente, para o fim de procriação. Variadas vezes na literatura, na arte e em diversas fontes, verificamos uma subordinação do gênero feminino frente ao homem sendo, talvez, o mais conhecido dos exemplos o da própria Bíblia Cristã que identifica a figura da mulher como uma criação condicionada à vontade do homem, uma vez que Deus teria a criado a partir da costela de um homem.

A verbalização de um domínio nas vozes instituiu a cadeia que cativou uma sociedade patriarcal crivada de estigmas e na qual o homem, inconscientemente, assume a função cíclica de prover a família e à mulher cabe a tarefa de exercer a educação e criação dos filhos, abreviadamente. A questão é que, de fato, a reprodução de discursos insculpiu um determinismo às mulheres e aos homens, no sentido de “prescrever” atribuições para cada um interpretar um personagem - a citar, por exemplo, a intuição de que a capacidade da mulher para zelar pela prole seria inerente à maternidade, desde sempre e melhor do que a capacidade paterna dos homens, porquanto as mulheres possuem, hipoteticamente, mais tato com as responsabilidades que a filiação demanda. Apresenta-se, nesse sentido, a importância de uma releitura sobre os personagens na família, reafirmando a

liberdade na convivência e de um modo a apanhar nessa compreensão que mudanças substanciais alcançaram a maneira como as pessoas vêm se relacionando e, por conseguinte, se reconhecendo como núcleos, sob o prisma ideal de que a família pode ser um coletivo que alberga inúmeras espécies, independente de suas apresentações e dos papéis arquétipos.

1.2 A igualdade essencial entre gêneros e suas condutas na família

Há diversas formas de abordar as relações de dominação e de (des)igualdade entre homens e mulheres, especialmente, quando se examina o processo individual e constante de reorganização entre as posições no espaço comum. Sob a influência do tempo, verifica-se que não apenas as funções enquanto sistema, mas também as tarefas desempenhadas por cada membro do grupo familiar sofreram transformações significativas que convulsionaram as visões sobre homens e mulheres e suas funções enquanto família. Salienta-se, de pronto, que os fenômenos sociais tendencionaram e estimularam novas (des)ordens com intensa reverberação nas famílias. Segundo Gama, tais fenômenos podem ser:

[...]a progressiva emancipação econômica, social e jurídica da mulher, a significativa redução do número médio de filhos nas entidades familiares, a maior complexidade da vida contemporânea decorrente dos problemas atinentes à inserção profissional da pessoa humana, à massificação das relações econômicas (inclusive as de consumo), à urbanização desenfreada, aos avanços científicos no campo do exercício da sexualidade, entre outros fatores, impuseram mudanças na função e na concepção das novas famílias (GAMA, 2008, p.27).

A mulher - perante a sociedade, insinua reformas nos usos, costumes, valores e projetos de família e, como consequência, permite um desenrolar da retrógrada e consistente associação sobre sua vocação materna e coadjuvante ao parceiro. A grande oposição à função feminina é a própria demonstração de conquistas significativas de espaço no âmbito social, quando deixam de ser somente esposas, donas de casa ou mães e, tornam-se exatamente aquilo que desejam, rompendo para além das barreiras “tradicionais”. Para Roudinesco (2003, p. 122) “o primeiro preconceito de que o gênero humano devia se desfazer era o da pretensa superioridade dos homens sobre as mulheres”. A figura feminina, sobremaneira não silencia à sua própria vontade e investe suas pretensões para alcançar algo além da acessoriedade que lhe restava na divisão de tarefas, quase sempre com a assunção

de cuidados com os membros da sua família que secundarizava seu próprio desejo e a conquista por um espaço mais justo.

Avalia-se que a mulher protagonizou representativas mudanças com repercussão na sociedade e principalmente na família. Adequadamente explana Silva (2015, p.24) que grandiosas alterações na sociedade tiveram como respaldo a intensa e efetiva participação da mulher na organização da família e da própria vida, com sua inserção gradativa e ativa na sociedade, com objeção nas atividades intelectuais, anteriormente atribuídas exclusivamente ao homem.

Com algumas considerações aclaradas, é válido salientar que, de acordo com Perrot (*apud* MADALENO, 2011, p.54), hodiernamente despontam novos modelos de família, ao passo que estamos caminhando para convivências mais igualitárias nas relações de sexo, idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. Parece imperioso perceber que diante dessas alterações o modelo de família baseado na complementaridade de papéis com o “pai provedor” e a “mulher mãe” sofre fragmentações, sinalizando a decadência de estereótipos entre gêneros no núcleo familiar. Assim, para Roudinesco (2003, p.118) “foi primeiramente o declínio do poder divino do pai, e de sua transferência para uma ordem simbólica cada vez mais abstrata, depois da maternalização da família”.

Nesse sentido, pertinente anotar como o processo temporal colaborou para a mudança de uma fala determinista. Como exemplo, surge a redação e o forte significante do artigo 380 do Código Civil Brasileiro editado em 1916, ordenamento que colocava a mulher como colaboradora do marido, conforme segue:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a **colaboração** da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, **prevalecerá a decisão do pai**, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência (grifo da autora) (BRASIL, 1916).

Pela análise do texto percebe-se a existência da mulher dentro de um espaço de mera colaboração, porquanto submetida ao domínio do homem. Contudo, também se analisa que, se do longínquo 1916 até os dias atuais a ordem da família transmutou, não diferente o papel do homem, assim como o da mulher, acolheu preciosas mudanças. Enquanto a mulher desembaraça sua função de esposa colaboradora e mãe exclusiva, o homem vai (re)descobrir a paternidade e se reconhece capaz de acompanhar, tanto quanto as mulheres a vida dos filhos. O

papel de pai provedor que pouco se envolvia com a prole é desconstruído para dar espaço ao homem que assume a paternidade participativa e fundamental, mesmo porque sua atuação é demandada no lar ao qual a mulher já não mais pertence tão fortemente. O papel idealizado ao gênero masculino vai despindo-se daquele personagem somente provedor dentro do núcleo familiar, ao passo que sua participação, gradativamente, é requisitada na rotina doméstica e de integração com a prole. Ambos – sejam homens ou mulheres, caminham contra a resistência de uma sociedade para (re)construir a história de uma família livre. Sintetiza Dias:

Historicamente, os filhos sempre estiveram aos cuidados da mãe, pelo absoluto despreparo dos homens. Afinal, eles nunca puderam brincar com bonecas. Foram educados para serem os provedores da família. Já as mulheres eram adestradas para as atividades domésticas e sentem-se proprietárias exclusivas dos filhos (DIAS, 2015, p. 511).

O homem então – enquanto pai, alcança espaço para compor a família afetiva, reencontra no seu núcleo um meio para viver os laços em um companheirismo que abraça os cuidados da prole. Para Zimerman (2008, p.488) os pais têm demonstrado desejo de inclusão e maior participação na vida dos filhos. No mesmo sentido, a mulher vem articulando em atos suas vontades intrínsecas e, progressivamente reivindica a autonomia do seu próprio papel que não merece existir como enfeite à uma ditadura de maternidade e subordinação. A mulher passa a dispensar o dissimulado endeusamento de um encargo habitualmente atribuído, quando redescobre suas vocações e sua vida além das antigas demarcações.

Tem-se, assim, que acontece um movimento pela afirmativa entre os gêneros e a liberdade para desempenhar dentro da sociedade e da família papéis mais justos e que oportunizem uma equidade, especialmente em relação aos cuidados que filhos demandam. A corroborar com o exposto, e para sufocar o artigo 308 do revogado Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 rompe grandes paradigmas e reinterpreta as relações familiares quando insculpe em seu artigo 226 que a família é a base da sociedade e, portanto, tem especial tutela do Estado sendo que o § 5º enaltece a igualdade entre o homem e a mulher, em relação à direitos e deveres, *in verbis*:

Art. 226. 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. (grifo da autora – BRASIL, 1988)

Desse modo, encontra-se genuinamente a intenção de superar a desigualdade entre os gêneros com a redação da nossa Carta Magna, verificando que a família, ao menos em nossa legislação - ressignifica a equidade entre os pais para despertar em ambos os direitos e obrigações, especialmente àqueles referentes à prole comum. A construção, aqui, é pela desvinculação de tarefas compulsórias para homens e mulheres ou, detidamente, pais e mães, porquanto cada qual deve exercer seu compromisso com a liberdade e uma consciência respaldada na igualdade parental, sem sobrecarregar ou incumbir obrigações fixas, devendo haver uma tolerância para um exercício de convivência plena e responsável.

1.2.1 A autonomia da mulher e o mito do amor materno

Já se traçou que fenômenos de um novo ritmo de mundo estimularam expressivas mudanças de comportamentos tão solidificados pela família mais remota, especialmente no que diz respeito ao engajamento das mulheres em ambicionar para suas vidas algo além do lar ou da maternidade supervisionada ao parecer do homem. O que se pretende tocar é propriamente o que Roudinesco (2003, p.118) enxerga nas “representações da feminilidade que foram deduzidas as posições de poder, submissão, complementaridade ou exclusão das mulheres como seio da sociedade”.

Novos hábitos – como a busca de relações fora das famílias, revelaram às mulheres capacidade para protagonizar seu espaço, aniquilando a figuração por sua própria existência. Assim, explica Badinter:

Ao procurar definir-se como ser autônomo a mulher devia fatalmente experimentar uma vontade de emancipação e de poder. Os homens, a sociedade, não puderam impedir o primeiro ato, mas souberam, com grande habilidade, opor-se ao segundo e reconduzir a mulher ao papel que jamais devia ter abandonado: o de mães (BADINTER, 1985, p.69).

Tem-se, então, que o sexo feminino opôs a maternidade à própria independência patenteando que sua existência não estava atribulada à existência da mãe e isso, por conseguinte, evidencia que ser mãe não é uma faculdade natural. Nesse ponto, a sociedade encarregou-se - ainda que lentamente, de aceitar a luta das mulheres pela conquista de seu espaço numa marcha progressiva, com a

presença feminina em lugares que não orbitavam mais somente “o lar”. Mas, ainda para a mesma autora, parece que essa aceitação no meio social possui um limite de tolerância, especialmente provocado quando a mulher reconhece suas vontades, seus desejos e passa a dispensar funções antes a elas essencialmente conferidas, tal qual, a maternidade.

A figura feminina aprende a cativar sua independência existencial aceleradamente na busca efetiva da construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na vertente da sua individualidade pretende demonstrar que é sujeito de desejos e não instintos e, portanto, não deve ser estereotipada para satisfazer uma vontade social. Nessa linha, busca-se pontuar que a mulher não nasce condicionada a exercer papéis enrijecidos, reafirmando seu direito de ser livre para escolher a soberania de sua própria trajetória. Badinter (1985, p. 08) ainda, perfeitamente integra suas ideias sobre a percepção de uma sociedade que tem dificuldades em reconhecer a mulher que não assimila a maternidade em si quando refere:

Aos olhos de muitos, não amar um filho é o crime inexplicável. E quem procura mostrar que esse amor não é indefectível é imediatamente suspeito de ser um insensato, ou um acusador injusto das mulheres do passado, ou ainda de interpretar propósitos e comportamentos em função de valores atuais (BADINTER, 1985, p.08).

Nesse diapasão, há uma grande relutância para aceitar a força da individualidade da mulher, também hoje, no sentido de reconhecer a sua busca e anseios por direções opostas ao sentido esperado, o que fomenta uma reprovação social ainda expressiva. É bastante moroso o processo de legitimação das identidades na sociedade, principalmente no que se refere a depositar na figura da mulher as exigências de um padrão. Então, ainda para Badinter:

Após 1760, abundam as publicações que recomendam às mães cuidar pessoalmente dos filhos e lhes "ordenam" amamentá-los. Elas impõem, à mulher, a obrigação de ser mãe antes de tudo, e engendram o mito que continuará bem vivo duzentos anos mais tarde: o do instinto materno, ou do amor espontâneo de toda mãe pelo filho (BADINTER, 1985, p.103).

Em que pese o lapso temporal da citação até a atualidade, inegável que a sociedade permite até hoje contaminar-se com a ideia de que cabe às mães o amor incondicional aos filhos, sendo algo espontâneo ao seu nascimento e, por óbvio, a mesma sociedade encarrega-se de reproduzir essa (i)lógica em um comportamento que condiciona a mulher a uma idealização de ser apto a cuidar da prole. Para

Roudinesco (2003, p.117) desde a primeira representação, a feminilidade da mulher é sempre associada à maternidade, ao passo que nas duas outras o feminino e o materno são dissociados, e a mulher é então incapaz de realizar a tarefa procriadora a ela imposta pela natureza e pela cultura. O homem, identicamente, sofre com a imposição intrínseca que o pressiona a valorar mais o verbo “prover” do que o próprio “amar” os filhos, razão pela qual talvez haja uma incredibilidade da sua aptidão para ser pai. Explica-se. Depositar na figura paterna a mesquinha responsabilidade de prover mitifica, também, uma falsa impressão de colaboração, que encoraja um comodismo pelo não envolvimento, porquanto parece satisfatório que o pai esteja limitado a isso.

Nessa perspectiva, a teorização das relações afasta a isonomia entre os responsáveis e prejudica, inclusive, a clareza sobre a liberdade de ser. Para Badinter (1985, p.145) “a associação das duas palavras, “amor” e “materno”, significa não só a promoção do sentimento, como também a da mulher enquanto mãe. Deslocando-se insensivelmente da autoridade para o amor, o foco ideológico ilumina cada vez mais a mãe, em detrimento do pai, que entrará progressivamente na obscuridade”.

Surge como essencial, assim, a interdição sobre um senso comum que desrespeita a isonomia entre os gêneros, pois perceber que o homem enquanto pai é tão essencial quanto respeitar que a mulher é dona do seu rumo, sendo pertinente qualquer de suas escolhas, seja a maternidade, seja a liberdade ou os dois juntos; o que se pretende, especificamente, é pontuar que a redefinição dos papéis fundamentalmente deve, sim, auxiliar na promoção de ideais de igualdade que substituem os de domínio e hierarquia dentro das estruturas de família. Para Giusto (*apud* SILVA, 2015, p.148) para mudar reverter essa lógica de pensamento e os homens possam estar em condições de igualdade com as mulheres, no criar e educar dos filhos há que se ter, primeiramente, coragem para abordar a problemática, uma vez que a figura da mãe parece “sagrada”. A intenção não é, sobremaneira, ir contra a mãe, mas a favor do pai que quer realmente exercer a função paterna de modo eficiente e adequado.

Em outra análise, o amor materno colocado com uma coisa intrínseca à mãe vivifica um mito. A sociedade e, como seu reflexo o Judiciário, têm grande deficiência em se acostumar que a mulher não é um ser que ama sua cria por vocação, ou ainda, “ama pior” do que um pai. O amor pode ser algo que nasce

conforme a oportunidade de conviver e cativar isso conjuntamente. Se as mães convivem mais do que pais com os filhos, a consequência é que desenvolvam esse sentimento o qual, diga-se, sempre é adquirido. Se os pais - homens, estiverem disponíveis a cuidar de seus filhos, igualmente poderão desenvolver o zelo, nem de forma melhor e nem pior, pois são tão capazes quanto as mulheres de amar e cuidar. Nessa referência, Badinter segue o raciocínio:

O amor materno é apenas um sentimento humano. E como todo sentimento, é incerto, frágil e imperfeito. Contrariamente aos preconceitos, ele talvez não esteja profundamente inscrito na natureza feminina. Observando-se a evolução das atitudes maternas, constata-se que o interesse e a dedicação à criança se manifestam ou não se manifestam. A ternura existe ou não existe. As diferentes maneiras de expressar o amor materno vão do mais ao menos, passando pelo nada, ou o quase nada. Convictos de que a boa mãe é uma realidade entre outras, partimos à procura das diferentes faces da maternidade, mesmo as que hoje são rejeitadas, provavelmente porque nos amedrontam (BADINTER, 1985, p. 22).

A maior intenção é acompanhar que há uma divinização a partir da função da maternidade, construção obsoleta que exclui o pai de executar sua afetividade e parentalidade com a própria prole. Analisa-se a resistência do discurso que ainda embarga a igualdade, uma vez que a sociedade merece rumar à equalização das condições entre as figuras de pai e mãe, cada qual com sua cota de atuação, sem anular ou impor estereótipos pois, a presença de todos tende a melhorar o desdobramento das relações tornando-as mais justas, honestas e afetivas, realmente o que se sobressai como mais nobre dos vínculos. Dias (2015) defende o emprego do referencial da afetividade para identificar as estruturas interpessoais que possam ser qualificadas juridicamente como famílias, sendo que o afeto nasce com a oportunidade de convívio, considerando que todos os relacionamentos que têm origem na afetividade se encaixam na visão pluralista de família, ou ainda, identificam-se como famílias dentro do afeto.

1.3 O valor do afeto

Pelas razões até então abordadas há necessidade de aproximar a família representada no afeto, o que será elaborado de um modo que simplifique essa combinação. Existe um caminho no qual a família desocupa aos poucos uma

armadura de hierarquia e assume para si que a base para relações mais equilibradas reside no afeto, justamente porque dele decorre a liberdade que um indivíduo tem de afeição-se a outro. Entende Giorgis que:

a ideia de família não é unívoca, pois entendida ora como célula da sociedade, ou conjunto de indivíduos ligados pela consanguinidade/afinidade; ou indivíduos unidos pelo casamento e pela filiação; mas também comunidade formada pelos pais e seus filhos; ou agrupamento natural vinculado por elemento espiritual; ou nicho que realiza o sentido material, intelectual e espiritual da pessoa; ou finalmente **espaço de realização do afeto**” (grifo da autora - 2015, p.20).

Esse “espaço para realização do afeto” torna os elos mais democráticos e voluntários, corroborando brilhantemente, nessa linha Madaleno (2011, p. 20) ao sintetizar que “se o conceito de família alargou-se para albergar os vínculos gerados exclusivamente da presença de um elo afetivo, mister verificar-se que o amor se tornou um fato jurídico, passando a merecer proteção legal.” O ordenamento jurídico positiva esse fato jurídico quando reconhece, por exemplo, os vínculos originados na genuína socioafetividade, que indistintamente, igualam-se a outros vínculos.

Permeando esta ideia, é importante também que a afetividade nas relações familiares revele uma força que não condiciona a maternidade, a paternidade e a filiação à uma origem objetiva, porquanto o valor do afeto ultrapassa qualquer formalidade, uma vez que outros critérios são mais relevantes e envolvidos para justificar os elos. Dias (2015, p. 55) assevera que “o direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade”. O princípio jurídico da afetividade conduz as relações humanas para uma seara de tratamentos mais democráticos exatamente por uma comunhão de vida baseada no respeito a direitos fundamentais dos sujeitos. Afirma Gama (2008. p.148) que “a afetividade exerce o papel de denominador comum das entidades familiares atuais”, destarte, a finalidade da família é a concretização e a (re)fundação do amor e dos interesses afetivos entre os seus membros na qual o afeto é uma ponte que permite recontar a memória de uma família mais igualitária, reunindo autenticamente a força de verdadeiros elos. Para Perrot (*apud* MADALENO, 2011, p.54) “os vínculos aglutinados na comunhão do afeto e da dignidade de seus membros são como canais eficazes de alcance à realização pessoal”.

Pois bem. O amor, enquanto fato jurídico, promove a liberdade de se relacionar e alforria a maternidade, bem como a paternidade de significados

estáticos. A afetividade é tão capaz de reunir e compartilhar a vida comum, que transita pelo verdadeiro sentido de uma família completa em sua plenitude. Dias (2015), afirma que o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a própria presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos à vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo sendo, justamente nessa nuance, que se torna legítimo o reconhecimento do valor jurídico de um afeto capaz de redimensionar os princípios do Direito de Família. Relativizar, através da grandiosidade do próprio afeto, “formalidades” como o matrimônio ou a própria verdade biológica de um sujeito, em favor de um amor sem forma e uma parentalidade mais suficiente, enobrece a função da afetividade.

Também nesse sentido, Barros (*apud* MADALENO 2011, p.95) diz que o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. Assim, percebe-se que a existência da família, da parentalidade e da filiação está vinculada a laços afetivos capazes de substituir, até mesmo, os vínculos que assentam a realidade natural do sujeito. O afeto deve ser um elemento fortalecedor de elos e muito provavelmente esteja bem próximo de conceituar família uma vez que espontaneamente supera muitas diferenças, sendo o garantidor da realização do todo.

Sobre a percepção do tema, Perlingieri (*apud* GAMA 2008, p.30) condensa a relação de família e afeto quando refere que “a família consiste em comunidade intermediária que se funcionaliza à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, demonstrando seu fundamental papel: aquele de servir de instrumento para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais das pessoas humanas que a integram”, tomando como ideia a convivência familiar baseada no afeto que cumpre verdadeiramente o bem-estar do grupo, sendo que este afeto deve ser instrumentalizado como elemento que permita o diálogo entre os desejos.

Nesse diapasão, tomamos o afeto como grande diretriz para guiar a pesquisa também no que diz respeito à compreensão da função da parentalidade, orientando a um entendimento mais completo e associado à complexidade do que representa a paternidade e como ela deve existir dentro da convivência familiar de forma responsável, temática que será a seguir enfrentada.

2 PARENTALIDADE

2.1 O que é a parentalidade

Alguns conceitos externados por velhos valores também permeiam o assentamento da definição sobre parentalidade, fragmentando bastante o seu significado. É necessário compreender o sentido que essa conceituação representa àqueles que precisam exercê-la, bem como para os que merecem recebê-la.

Na tentativa conceitual, Silva (2015, p.25) enxerga que a parentalidade persiste em uma noção da necessidade de proteção e direcionamento de todo ser humano enquanto menor ou incapaz, figurando como um conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção.

A atividade conjunta do papel parental, independentemente do tipo de relacionamento que os pais possuam que, por oportuno, dispensa analisar formalidades, deve ser desempenhada por um casal efetivamente disposto e dedicado, uma vez que o foco da parentalidade reside na proteção dos filhos, responsabilidade que perdura mesmo após a ruptura dos vínculos – se é que um dia houve vínculo entre o casal parental. O artigo 1.632 do Código Civil, em outras palavras, garante que mesmo com a dissolução do relacionamento dos pais, nada interfira no poder familiar em relação aos filhos. Analisa-se, logo, que a ruptura ou a inexistência de uma relação conjugal ou companheira entre os pais não deve comprometer o direito dos filhos de desfrutar do convívio com os mesmos, sendo uma questão independente se o vínculo entre os pais permanece, é desfeito ou mesmo nunca havido, a ambos permanece e compete a função da parentalidade.

Muito mais que uma obrigação dos pais para com os filhos, a parentalidade reflete como direito da prole de receber integralmente cuidados necessários, ou seja, há enrustida nessa abstração uma complexidade de deveres a observar. O artigo 229 da Carta Magna destaca que: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” enquanto, em consonância a esta redação o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus vários artigos – preconiza sempre que a convivência justa familiar seja efetivamente um dos direitos prioritários da prole.

Supõe-se que a parentalidade assume a característica de agrupar vários deveres pertinentes à elaboração de uma consciência mais igualitária e deve ser

desenvolvida de maneira respeitosa para privilegiar a prole, bem como pais e mães e responsáveis de um modo geral. O exercício amplo e consciente desse dever tende a deslocar uma confiança maior nas relações paterno-filiais, porquanto há uma diretriz a ser alcançada por todos os envolvidos, sendo a parentalidade mútua e um exercício constante de colaboração para um realizar entre pais e filhos.

2.2 Da autoridade parental

Em que pese o nosso Código Civil adote o termo “poder familiar”, entende-se que a expressão mais justa para tratar o tema utiliza a nomenclatura autoridade parental para referir, justamente, algo que se identifica como a reunião de deveres, bem como direitos que estão vinculados aos pais para alcançar o bem-estar e a proteção dos filhos. Madaleno (2011, p. 655) refere que a expressão “pátrio poder” pode induzir a uma noção de poder do pai sobre os filhos, afigurando-se como incoerente e distante da almejada igualdade. Também nessa seara explana Dias (2015, p.457) que “a expressão autoridade parental melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, jovens e adolescentes” integrando uma doutrina preocupada com o poder do discurso quando aborda a proteção integral dos filhos como sujeitos de direito, por isso adota-se aqui o termo “autoridade paterna”.

Essa autoridade parental não conserva um caráter de dominação, mas, sim um propósito de proteção dentro das relações paterno-filiais. O exercício da autoridade parental, então, vislumbra o reconhecimento de uma igualdade parental a fim de que ambos compartilhem sobre seus filhos - em idêntica proporção, o dever de guiá-los. A partir disso, tem-se que para o exercício consciente da autoridade parental, os interesses dos filhos devem prevalecer sobre os interesses individuais dos pais, ou seja, a vontade dos pais deve primar, antes de existir, pela legitimação do melhor para sua prole. Corrobora, adequadamente, com essa perspectiva Maria Helena Diniz ao referir que a autoridade parental se apresenta como:

um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e os bens do filho menor, não emancipado, **exercido em igualdade de condições**, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (grifo da autora) (DINIZ, 1993, p.301).

Também, nas palavras de Cahali (1995, p.988) “a afeição paterna e materna no trato com os filhos obedece a motivos tão humanos e respeitáveis que nem mesmo a responsabilidade do genitor pela separação judicial ou pelo divórcio pode constituir-se em obstáculo para o exercício desse direito”. Tem-se, assim, que através da autoridade parental os filhos devem respeitar a postura dos pais que, por sua vez, devem direcioná-los ao sentido que melhor compreenda sua formação com um acompanhamento capaz de alavancar desenvolvimento físico e mental pleno, de modo que emancipe a própria capacidade a orientar suas condutas posteriormente.

É necessário que haja um entendimento entre os responsáveis para que, de forma real, permitam que o outro interfira sem impor privações, ou seja, que tenha a igualdade como algo bom sem interferir na autoridade parental do outro pois, barrar tal preceito em muito pode prejudicar os mais interessados. Segundo Zimerman (2008, p.627) “a incompreensão dos pais é tão ou mais nefasto do que a separação”, razão pela qual deve ser garantida a atuação em equidade para preservar os pais e a prole, sem permitir qualquer instrumentalização dessa garantia para vingar ressentimentos.

Parece substancial e imprescindível – na busca pela proteção da prole, que o casal parental compartilhe espontaneamente a autoridade parental e assumam uma maturidade, sobretudo, para respeitar e legitimar que ambos têm o direito de acrescentar para uma boa comunicação sobre a organização da vida dos filhos, libertando as crianças de um egoísmo que tensiona e divide seus sentimentos, desfavorecendo um crescimento tranquilo. A autoridade parental, que contempla os responsáveis, também enseja intrinsecamente a análise de sua responsabilidade na orientação da vida dos filhos.

2.3 Da responsabilidade parental

Para Roudinesco (2003, p.23) “o pai não é um procriador senão na medida em que um pai pela fala. Esse lugar atribuído ao verbo tem efeito.” Acredita-se, assim, que a função da parentalidade dos pais, bem como das mães esteja intimamente ligada à uma responsabilidade que se concretiza através do verbo, quando, os pais responsáveis devem perceber os sintomas dos filhos e lembrar suas posições de apoiadores da prole comum. Trata-se, assim, que os pais, além da

autoridade - que não se confunde com domínio, têm também uma ordem de responsabilidades para com sua criação.

Segundo Madaleno (2011, p. 655) as expressões responsabilidade parental ou cuidado parental demonstram uma ideia de compromisso constante dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos. Apresenta-se a responsabilidade parental, na verdade, como um múnus que deve viabilizar uma abertura com os filhos e que se processa progressivamente. Entende-se, ademais, que a responsabilidade a ser exercida não é somente um encargo, mas sobretudo, o dever de um encaminhamento para impor certa conduta. Assim, a responsabilidade parental não se traduz, unicamente em atribuição aos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e afeto. Para Campos (*apud* MADALENO 2011, p.654) a responsabilidade é como um conjunto de direitos concedidos ao pai ou à mãe a fim de que, graças a eles, possam melhor desempenhar a sua missão de defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida.

O artigo 1.634 do nosso Código Civil trata os atributos da responsabilidade parental, trazendo explicitamente os direitos e deveres da relação paterno-filial, por exemplo: dirigir-lhes a criação e a educação, que representa o nobre dever dos responsáveis no sentido de promover a criação da prole em observância ao melhor desenvolvimento moral, cívico e pessoal, incentivando tudo o que estiver favorável à educação; o que é um dever para com os filhos a fim de que possam ter uma referência de supervisão, orientação e afeto. Para Silva (2015, p. 27) esse direito revela-se tanto para o pai como para a mãe e, assim, mesmo que separados de fato, nenhum deles pode reclamar o exercício desse direito, invocando preferência.

São algumas atribuições com previsão legal no nosso ordenamento jurídico acerca da responsabilidade dos pais, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16

(dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Em que pese exista outros deveres e direitos a observar – além dos supra mencionados, é importante estabelecer como noção geral que a responsabilidade deve ser intrínseca à função parental, reconhecendo que os sujeitos enquanto filhos necessitam de cuidados primordiais no sentido de garantir maior proteção, pois para exercer a responsabilidade parental, genuinamente, os pais devem buscar conhecer o significado dos direitos e deveres que a autoridade parental reúne.

2.3.1 Direitos e deveres intrínsecos à autoridade parental

A doutrina até então vislumbrada é uníssona em afirmar que os direitos e os deveres inerentes ao desempenho da responsabilidade parental são pensados para a prole. Para Madaleno (2011) as referências de direitos e deveres decorrentes da parentalidade têm a ver com a assistência material, moral e de educação para os filhos, a que estão comprometidos os pais em plena igualdade de condições e na proporção dos ingressos de cada um. Aos pais, a responsabilidade deve soar como uma prioridade a ser obedecida que moraliza o papel dos responsáveis perante seus filhos.

Nesse ínterim é aconselhável destacar que, além das previsões de proteção sobre direitos e deveres estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e no nosso Código Civil, a Lei do Divórcio – do ano de 1977, também se preocupou em ditar algumas observações sobre a temática, porquanto estabelece em seu artigo 20 que deve ser obrigação dos cônjuges, ainda que separados, a contribuição para a manutenção dos filhos, na proporção de seus recursos. Assim, contextualiza Dias claramente tal atribuição ao referir:

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o estado de família é indisponível (DIAS, 2015. p. 512).

Os pais, portanto, devem reconhecer um dever como obrigação moral e natural, pois são os garantidores dos filhos e a eles devem proteção integral,

devendo disso tudo, assumir a consciência da importância do seu papel na vida da prole para alcançar uma parentalidade que associe retamente deveres e direitos. A dedicação deve proporcionar a criação de crianças e adolescentes mais seguros e com espaço necessário o exercício de uma autodeterminação.

Desse modo, desenhado o conceito que envolve a parentalidade, bem como suas atribuições, pretende-se avançar a uma análise sobre o significado da Guarda, instituto tão provocado quando os pais e responsáveis, no sentido amplo do termo, não continuam o relacionamento e precisam organizar a vida dos filhos, ainda como casal parental, porquanto os direitos e deveres decorrentes da responsabilidade parental mantêm-se ultrapassando a linha divisória da relação entre os pais.

3 A GUARDA - DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

3.1 Tentativa conceitual

A tentativa conceitual de guarda enseja, de pronto, alguns enfrentamentos sobre a própria composição etimológica da expressão, porquanto alguns doutrinadores alcançam que seu significante enfatiza mais um objeto do que um sujeito, sendo mais adequado realçar a nomenclatura “convivência familiar”, combinação trazida por Dias (2015, p.513). Nessa mesma construção, Gama (2008, p.200) utiliza-se que o termo guarda se resente de um ranço inerente ao período histórico em que havia uma relação de domínio sobre os filhos, “assujeitando” os indivíduos. Ainda, segundo o mesmo autor, a carga semântica da palavra “guarda” apresenta a ideia de vigilância do dono de uma coisa guardada, o que não se revela condizente com a consideração de que entre pais e filhos deve haver uma perspectiva de diálogo para reconhecer no outro um sujeito na sua individualidade.

Da breve análise etimológica ao sentido jurídico do termo “guarda”, atualmente adotado pelo nosso ordenamento jurídico, entende-se segundo Silva (2015, p.41) que é o ato ou efeito de resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes. Ainda, ressalta a autora que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever. Corroborar com o exposto Madaleno (2011, p.422) ao entender que os pais têm o dever, e não a mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia com especial atenção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental.

Assim, identifica-se a guarda como um poder-dever dos pais e um direito dos filhos de dar e receber, respectivamente, proteção e todos os cuidados que a autoridade parental reúne, idealizando a prevalência dos interesses dos menores.

Falar em “guarda dos filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto” (DIAS, 2015, p. 512) e assim evidencia-se a situação que precede e, ao mesmo tempo, provoca a aplicabilidade da guarda através de um contexto que emana da relação entre os responsáveis. A questão que evoca a guarda está intimamente

associada à ausência de vínculos entre os pais, que como lucidamente compõe Dias (2015) são consequências de um desenlace ou mesmo de uma relação que nunca pretendeu vínculos. Nessa perspectiva, desabrocha a necessidade de tratar sobre a regulamentação da vida dos filhos menores quando da ruptura de seus pais. A compreensão nesse sentido de Gama:

Como se sabe, a dissolução da sociedade conjugal entre os cônjuges, e mesmo a separação dos companheiros, não pode comprometer a continuidade e a essência dos vínculos parentais, eis que sequer é extinto o poder familiar exercido conjuntamente pelos pais em relação aos seus filhos menores. Da mesma forma, pais que nunca viveram juntos como casados ou companheiros também deverão prosseguir na titularidade do poder familiar, sendo fundamental identificar como será exercitado o poder familiar de modo coordenado e harmônico entre os pais e em favor de seus filhos (GAMA, 2008, p. 199).

Quando os pais não compartilham uma vida comum na coabitação - seja porque romperam ou mesmo porque nunca se fez presente o vínculo, parece interessante perceber que o elo entre pais e filhos deve ser preservado. Ainda para Gama (2008, p.199) é importante deixar assentado que o fim do relacionamento afetivo dos pais não deve alterar o grau de afeto, devoção, comprometimento e cuidado que ambos os pais têm em direção aos seus filhos. Com efeito, entende-se que mesmo após a quebra da comunhão entre os pais/responsáveis, mantêm-se os direitos e deveres que são inerentes ao desempenho da parentalidade. Nesse sentido, também para o mesmo autor (GAMA, 2008, p.203) a guarda como uma das atribuições da autoridade parental, é reconhecida como de responsabilidade dos pais, seja na constância ou não do casamento, ou de outra forma de conjugalidade, sobre a pessoa dos filhos enquanto incapazes.

O ordenamento jurídico brasileiro aborda, com zelo, o senso da guarda na Constituição Federal, no Código Civil bastante detalhadamente, na Lei do Divórcio, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em legislação específica, sendo a mais latente e atual sobre o tema, a Lei nº 13.058/2014 que alterou entendimento de alguns artigos no Código Civil e introduz uma nova reflexão sobre a aplicabilidade da guarda.

Gama (2008, p. 200) propõe que se deve repensar a guarda sob uma perspectiva de inclusão da criança ou do adolescente no processo de definição dos contornos em que ela deva ser praticada, não sendo possível que, além do próprio rompimento da convivência entre os pais, sejam afetadas pelo desamparo, razão

pela qual deve-se considerar o valor jurídico do cuidado devido ao comprometimento dos pais com o bem-estar das crianças e adolescentes que se encontram em processo de desenvolvimento. Para garantia do bem-estar das crianças e adolescentes menores, a guarda tem uma característica bastante própria a qual Madaleno (2008, p.423) explana ser alterável se assim for apurado em benefício do menor, mesmo porque é direito condicionado ao interesse da prole e sua principal função é nunca resultar absolutamente definitiva, pois só guardará essa condição de imutabilidade enquanto subsistam os pressupostos fáticos que condicionarem sua outorga a alguém.

Parece imprescindível que os pais e o Judiciário estejam sensíveis, quando da tomada de decisões acerca das questões que envolvem guarda atentando-se, de fato, ao conforto dos filhos. Para Zimerman (2008, p.479) a busca da solução mais adequada para as disputas de guarda exige um esforço completo para fazer valer o princípio que protege as crianças. Salaria, o mesmo autor que no enfrentamento do tema vislumbra-se a importância, a seriedade e a responsabilidade ao tratar sobre algo que remete à questão do cuidar, do proteger, do criar. Compreende-se, assim, que durante a análise sobre a melhor forma de aplicar a guarda deve haver um engajamento e empatia de todos envolvidos para dar conta do melhor rumo para a vida de crianças e adolescentes que, inevitavelmente, se tocam pela situação que marca sua própria história.

Para arrematar essa lógica de pensamento, Zimerman (2008, p. 483) assegura que se deve priorizar e garantir à criança, especialmente sobre a análise da guarda, um ambiente seguro em que seu desenvolvimento seja preservado, sendo fundamental não descuidar, também, ainda que subsidiariamente, que os pais precisam de um “aporte” para que sejam exitosos no exercício da parentalidade porquanto a situação pode ensejar uma energia de beligerância.

3.2 Modalidades de Guarda

É mister diferenciar, neste tópico, os modelos de guarda para repelir confusão quando da deliberação sobre qual modalidade será a mais adequada a cada processo de transformação da ordem familiar. Já foi referenciado que o instituto da guarda possui a bastante peculiar característica de poder ser sempre apreciada e revisada, ou seja, nunca é imutável justamente para privilegiar as razões de

situações fáticas somadas ao conforto da criança ou adolescente. Se necessário for e, com o intuito de favorecer os menores, a questão da guarda poderá ser reavaliada para atender melhor a demanda dos filhos.

Na jurisdição sobre o estabelecimento da guarda, parece essencial considerar a deliberação entre os pais mas, para Dias (2015,p. 514) também deve-se atentar que o momento sugere fragilidade emocional, razão pela qual recomenda-se que o juiz seja uma bússola para conciliar eventuais animosidades. Cumpre esclarecer que o Ministério Público, conforme estabelece o artigo 178, II, do Código de Processo Civil de 2015 – deve intervir nas causas que envolvam interesse de incapaz, sendo indispensável sua atuação para homologar a questão da guarda. Para Silva (2015, p. 48) a questão da guarda evoluiu bastante com as novas realidades e as próprias composições de família, sendo regulada através de várias legislações específicas ao longo dos anos pela especial circunstância de ter de colocar como prioridade os interesses dos menores, em consonância aos seus direitos fundamentais destacados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Assim, a prioridade conferida ao interesse do menor é o objeto mais estimado, sendo que quando os pais ou responsáveis estão em desacordo acerca da convivência familiar, é o Estado que dirá sobre a guarda e a modalidade que deve aplicar-se ao caso, destacando-se a seguir as pretensões de cada modalidade.

3.2.1 Guarda unilateral

O Código Civil em seu artigo 1.583, §1º elucida que a guarda unilateral – também chamada pela doutrina de guarda uniparental, é aquela “atribuída a só um dos genitores ou a alguém que o substitua”. Nesse contexto, o filho menor terá um guardião e com o outro será fixado um regime de convivência. O artigo 1.584, I, do Código Civil estabelece que a guarda unilateral pode ser convencionalizada por um consenso entre os pais ou, ainda quando houver a falta de desejo em assumir a guarda, por força do artigo 1.584, §2º, do mesmo regramento.

De pronto, salienta-se que há um consenso doutrinário que estabelecer a guarda unilateral a um dos pais não desliga o outro do seu pleno exercício da autoridade parental. Afirma Dias (2015, p. 515) que ainda que a guarda seja unilateral o não guardião pode ter os filhos em sua companhia e, igualmente, deve supervisionar os interesses dos filhos, gozando de legitimidade para solicitar

informações e até prestações de contas sobre assuntos que afetam a vida dos menores. Em conformidade com tal entendimento, Gama (2008, p.204) corrobora que a guarda unilateral não atinge a autoridade parental.

Analisa-se que uma vez estabelecida a guarda unilateral, por maior que seja o empenho em proporcional igualdade parental, o direito de convivência oferecido a um dos pais em forma de visitação não se equilibra ao convívio intenso que exerce o detentor da guarda. Para Dias (2015, p.516) a guarda unilateral afasta, sem d vida, o laço de paternidade da criana com o não guardião. Assim, insinua-se um egoísmo com o filho que é privado de uma liberdade afetiva com alguém que naturalmente deveria estar aproximado. Entende-se que a cisão da guarda não significa que os pais percam a titularidade da autoridade parental mas, se o filho conviver mais com um dos pais, com este estreitar  mais os laços, enfraquecendo e desarmonizando a relao com quem mant m através das visitações.

Escapando da  tica do filho, acredita-se, outrossim, que o pai não guardião pode, de modo mais propenso, sentir-se descontente com a situao, porquanto não atua e participa da vida do filho tão espontaneamente quanto o guardião, o que enfraquece toda a construo de igualdade parental como garantia constitucional. Ademais, parece que a modalidade de guarda unilateral vivifica muito do que se pretendia desconstruir, especialmente sobre uma diferenciao de papéis entre os pais. Explica-se. Subjetivamente, mas de modo bastante intenso, existe uma predileo da guarda materna sobre os filhos na sociedade sendo que, segundo Silva (2015, p. 67) o pai   desvalorizado nessa escolha o que pode afastá-lo do convívio com os mesmos. Por conseguinte, é "natural" que o guardião, geralmente guardiãs, se sintam sobrecarregadas e insatisfeitas ao dueto guarda materna e visita paterna, pois a guarda unilateral   repleta de atribuies, aliás, quase toma para si a integralidade das atribuies. Silva (2015, p.70) enxerga essa que "em nossa sociedade, a grande maioria das famílias p s-divórcio revelou a mãe como detentora mais frequente da guarda, e o pai, como detentor do direito de visitas".

Para a mesma autora (2015, p.52) alguns aspectos poderiam justificar a guarda unilateral visando a proteo da criana. Ela exemplifica que na primeira infância o menor tem mais ligao com a mãe e dependência dela especialmente pelo aleitamento materno, sendo a guarda unilateral definida pela necessidade de uma especial sensibilidade. No entanto, evoca-se que neste ponto exista um equívoco porque, apesar de se reconhecer a existência de necessidades

específicas, não parece justo privar o pai de ser guardião nesse momento tão especial do desenvolvimento de um filho, onde a criança começa a reconhecer suas referências, motivo pelo qual se percebe que a ideia não deve ser absoluta.

Outro aspecto que envolve a deliberação sobre a guarda unilateral é, também, a questão de gênero tão latente nesta pesquisa. Existe socialmente uma resistência em aceitar a igualdade entre sexos. Para Silva (2015, p. 53) quanto ao sexo, não existe qualquer impedimento que se atribua a guarda de uma filha ao pai que tenha bons costumes, com uma boa visão educativa, em vez de confiá-la a uma mãe que não saiba valorar as exigências morais e as relações sociais. Do mesmo modo, não se pode negar a guarda de um filho menor a uma mãe que, embora não possua grande cultura, seja moralmente sã, contra um pai que apresenta vida irregular, com maus hábitos e comportamento reprovável. Mas, ainda assim, retumba uma sombra sobre esse sentimento de ascensão, senão vejamos o que diz Giusto (*apud* SILVA p.148):

O preconceito ainda existente em relação ao homem que quer disputar a guarda dos filhos é tamanho que, quando consultam um advogado, logo são desestimulados. Enquanto a psicologia diz sim, o Judiciário diz não. Este comportamento é reforçado porque os advogados que atuam na área de família sabem que para que a guarda dos filhos seja deferida ao pai, supondo-se a condição de igualdade com a mãe, os anjos têm que descer do céu e explicar que o pai também pode cuidar e educar seus filhos e que isto, hoje, não é tarefa exclusiva das mulheres (SILVA, 2015, p.148).

O homem, geralmente pai não guardião, acaba assumindo o indesejável papel de provedor uma vez que sua participação na vida dos filhos é reclamada, muitas vezes - apenas pecuniariamente. Assim, questiona-se se a guarda unilateral possui um poder subjetivo de distanciar o casal parental, a relação paterno-filial e estabelecer um descontentamento geral que em tempo algum atende ao superior interesse dos filhos.

Para Leite (*apud* SILVA, 2015, p.51) o critério tão reiterado sobre guarda materna e visita paterna vem sendo contestado, uma vez que não há divisão de funções materna dentro da sociedade e da família atual. Observa-se, assim, que um perigoso vício da modalidade de guarda unilateral se revela porque introduz uma ideia de segregação, o que pode reforçar a disputa entre o casal parental, aumentando uma litigiosidade que expõe os filhos a prejuízos emocionais. A guarda unilateral, ao que parece, enfrenta dificuldades para proporcionar o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, é necessário observar as pretensões e impactos da guarda unilateral, porquanto sua aplicabilidade pode desinteressar o melhor para os menores e prejudicar a relação entre os pais. Acredita-se que seja mais prudente afastar entendimentos e decisões sobre tal modalidade de guarda, uma vez que ela fortalece os preconceitos de gênero e identifica as referências entre papéis, esquecendo que por força constitucional e pela igualdade parental as mulheres são tão mães quanto homens são pais e estão, portanto, gozando ambos de presunção sobre a capacidade para o exercício legal da parentalidade saudável e consciente.

3.2.2 Guarda alternada

Conceitualmente, a guarda alternada sugere uma ideia de deslocamento do filho em função dos pais, logo, dando ênfase a um “ajustamento” da criança. Define Amaral que:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada do dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No termo do período os papéis se invertem (AMARAL, 1997, p.168).

A modalidade que sugere a guarda alternada é orbitada por alguns aspectos que dificultam a interação entre os pais em relação aos filhos, ao passo que individualiza o exercício da parentalidade por períodos, além de exigir que da criança uma alternatividade que é deliberada a critério dos pais, secundarizando o bem-estar da criança.

Nessa modalidade, os filhos ficam repartidos entre os pais por períodos, confrontando a ideia de que a responsabilidade parental deve existir conjuntamente. Nesse sentido, Silva (2015, p.58) entende que a guarda alternada – que também é chamada de guarda partilhada justamente pela ideia de repartição, soa como um modelo que se opõe fortemente à continuidade do lar sem respeitar o conforto e o melhor interesse do menor, sendo inconveniente na consolidação de hábitos, valores, e formação da personalidade, haja vista que o elevado número de mudanças na vida e na rotina tendem a propiciar o que a autora destaca como instabilidade emocional e psíquica. Explica Madaleno (2011, p.429) que a guarda

alternada, consiste na divisão de tempo dos pais com os filhos, alternando também a capacidade de ser guardião.

Toda a alternatividade – fixada em razão da comodidade dos pais traz uma grande confusão no reconhecimento dos menores em relação às suas referências. A criança, por exemplo, que passa um período de férias com o genitor não guardião provavelmente, durante esse tempo, desempenhe atividades que revelem diversão e lazer, na maior parte do tempo, o que não ocorre provavelmente enquanto está com o guardião durante um período que compreende uma rotina mais regrada, como a época escolar. Quando essas situações são permitidas, as crianças podem, além de sofrer com as mudanças de ritmo, estranhar muito e até questionar as diferenças na postura dos pais, porquanto não há uma continuidade de educação e uma autoridade parental igualitária.

De certa forma, a guarda alternada é segregadora porque se apresenta como um modelo de guarda que mais atende aos interesses individuais dos pais que dividem - e não compartilham, o tempo do crescimento de sua prole. Outrossim, essa modalidade permite que a criança viva em trânsito, ou seja, de uma casa a outra, sem saber e reconhecer o seu próprio lugar. Critica-se, também, na doutrina tal modalidade pela própria impraticabilidade que sugere, porquanto viabiliza mais conflitos, sendo que para Silva (2015, p.60) o menor é jogado de um lado para o outro, sendo naufrago numa tempestade e a inadaptação será característica também dos pais facilitando-lhes a fuga da responsabilidade, buscando o próprio interesse e sobrecarregando o outro.

Parece que há uma satisfação ilusória sobre a questão que envolve os direitos e deveres que decorrem da parentalidade, como se os pais pensassem que cumpriram durante determinado “lapso de tempo alternado” seu papel, estando liberados para “lavarem suas mãos” e repassarem o objeto-filho ao próximo na escala até o dia em que serão novamente pais por algum período, ignorando a dimensão da função.

Para Dias (2015, p. 520) a guarda alternada, modalidade de guarda unilateral caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal, não se confunde com guarda compartilhada – o que será a seguir analisado, porquanto esta se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares em harmonia e estimulando a perpetuação de vínculos afetivos e de responsabilidades.

3.2.3 A essência da Guarda Compartilhada e a Lei nº 13.058/2014

Em que pese a aplicabilidade da modalidade de guarda compartilhada sugerisse sua influência através do nosso texto constitucional desde 1988 o qual prega a igualdade entre homem e mulher, apenas com as Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014 a temática se tornou mais latente em termos de aplicabilidade.

A guarda compartilhada, essencialmente, se manifesta sobre o prisma de um compartilhamento sobre as decisões relativas aos filhos com o permanente acompanhamento dos pais na vida dos filhos o que, segundo Dias (2015, p. 516) assegura maior e imediata aproximação dos filhos com ambos. A modalidade da guarda compartilhada tem como princípio perpetuar a relação da criança ou do adolescente com seus pais e assim permitir o resguardo do melhor interesse do menor. Ainda, segundo Gama (2008, p. 214) tal modalidade assegura a igualdade dos gêneros no exercício da autoridade parental.

A ideia do exercício é, justamente, uma equiparação ou nivelamento entre a atuação dos pais para com os filhos que, enquanto menores e dependentes de pais que já não tratam uma vida afetiva comum, ainda assim, merecem e devem existir de forma plena para sua prole que continua sendo comum. Nesse sentido, colabora Gómez (*apud* MADALENO, 2011, p. 429) que o sentido da expressão guarda compartilhada amplia-se no respeito às funções de cada ascendente com relação ao cotidiano e aos interesses gerais dos planos pessoais de cada dependente menor, ao que, segue o referido autor dizendo que as decisões diárias sobre a vida, saúde, educação outras questões relacionadas a filhos comuns passam a ser assumidas através do diálogo.

O compartilhamento da guarda – ou a guarda conjunta, é para Grisard (*apud* GAMA, 2008, p. 214) um dos meios de exercício da autoridade parental que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. É, assim, um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a responsabilidade parental. Um grande estímulo para o estabelecimento da guarda compartilhada está guardado no diálogo, que não exige como indispensável uma unanimidade entre os pais, mas uma relação de respeito. Para Silva (2015, p. 105) a guarda compartilhada – também deve ser um meio encorajador da cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas.

A guarda compartilhada, para Madaleno (2011, p. 428) é uma oportunidade para os pais conservarem uma cogestão da autoridade parental. O mesmo autor a define que ela é reconhecidamente “conjunta”, porque a guarda compartilhada é a prática de atos pensados duplamente.

Gama, assim, sugere brilhantemente como a guarda compartilhada deve impactar os pais:

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da obrigação alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhes permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos, como pressuposto no mesmo modelo. A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade (GAMA, 2008, p.220).

Assim, mostra-se um direito da prole ser guiada através da guarda e, quando esta for estabelecida pelo compartilhamento, além dos filhos terem o direito ao amparo físico e emocional, os pais terão o dever de prestá-lo em colaboração um com o outro. É interessante lembrar, falando-se em colaboração, que como em qualquer outra modalidade de guarda, a de compartilhamento não exonera o pai ou a mãe, que detém o melhor poder aquisitivo, de prestar alimentos e proporcionar o mesmo padrão de vida para o filho. Nesse sentido, Dias (2015, p. 522) afirma que a guarda compartilhada não subtrai a obrigação alimentar do genitor que tem melhor situação financeira, pois o filho merece desfrutar de condição semelhante na residência de ambos. Além da preocupação em manter um mesmo padrão, alcançar alimentos ao filho contribui para que se amenizem grandes diferenças econômicas que poderiam ensejar o desejo do filho de viver com aquele que mais tem a lhe oferecer materialmente.

Ainda sobre a mesma relação de guarda e alimentos, é necessário frisar que ser guardião é efetivamente participar da vida de um filho, enquanto pagar a obrigação alimentícia é um auxílio e não se deve interpretá-la como um descarrego de consciência sobre a real responsabilidade parental. Nesse sentido, contribui Leite que:

Educar não é como se tem irresponsavelmente propagado no Brasil – “pagar escola”, “pagar” um professor particular, “pagar” um curso de línguas etc. O pai (geralmente) que paga os estudos do filho, que paga um professor particular, ou que paga um curso de línguas, pode estar participando pecuniariamente do sustento de uma criança, sem, portanto, educá-la. É bom que se distinga bem o sustento (manutenção material) da educação (manutenção moral), já que a tendência nacional tem, maliciosamente, se direcionado no sentido de

visualizar, no pagamento, a forma, por excelência, de se desvincular da educação dos filhos LEITE (*apud* SILVA, 2015,p.111).

O que se deseja é separar as atribuições de um guardião com seus deveres e responsabilidades da figura de um mero provedor, sem desmerecer que a manutenção material é necessária, mas não supre a questão peculiar e ímpar que o pai, participativo guardião, dá conta.

Esclarecida tal questão, retoma-se a abordagem sobre a guarda compartilhada com o conceito de Gama (2008, p.218) que entende ser a modalidade capaz de estender o convívio do menor com ambos os pais, o que remonta de certa forma às mesmas possibilidades de quando o casal vivia junto – o que não é uma constante. Explica-se. O filho pode ter acesso a seus pais com equilíbrio, o que não o priva de nenhuma forma de afeto e minora qualquer trauma eventual.

Sobre a aplicabilidade, no plano real, sabe-se que em que pese Dias (2015, p. 518) pondere que não há necessidade de ser definido o lar de referência, apenas quando haja clima de beligerância, acredita-se que é essencial promover uma estabilidade emocional para o menor e, também, material. Diz-se assim, porque é interessante que o filho reconheça uma referência de casa para organizar sua vida. Nesse sentido, Gama (2008, p. 218) demonstra que a determinação do local da residência do menor gera a estabilidade que o direito deseja para o filho. Desse modo, é válido abrir um parênteses para destacar que, diversamente da guarda alternada, há um elemento objetivo de residência única do menor, sopesando ainda, a ideia de que na guarda compartilhada a guarda jurídica é conjunta, o que também varia na modalidade alternada.

Entende-se que a guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a titularidade dos mesmos deveres e obrigações, bem como direitos em relação ao desenrolar da vida dos filhos e baseia-se, sobretudo, em um melhor significado de conviver e relacionar-se. É necessária a compreensão sobre a intenção da chamada Lei da Igualdade Parental (DIAS, p. 520, 2015) porquanto traz maior gerência acerca da guarda compartilhada. Do que se fala em compartilhamento, desde Lei nº 11.698/2008 até a Lei nº 13.058/2014, o que mais ecoa é o fato de ser expresso o desejo de que “o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Verbaliza-se, em lei, a luta de igualdade entre gêneros também no que diz respeito ao afeto e suas posições dentro das famílias, sejam elas como forem.

Para Groeninga (*apud* DIAS 2015, p. 520) a lei explicitou a expressão de divisão igualitária do tempo, sempre em observância e respeito as condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento dos filhos, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções parentais.

Outrossim, a recente lei autoriza e defende veementemente, em sua redação, que seja competência de ambos e, mais do que isso, oportunizado a ambos os direitos e deveres da parentalidade. Saliencia-se que sua aplicabilidade vem pela vontade dos pais ou por força de determinação judicial, conforme referencia o artigo 1.584, I, do Código Civil, sendo que a vontade ou a contrariedade de um dos pais não deve afetar a garantia do outro exercer suas funções parentais.

Para Dias (2015, p.521) o significado mais saliente da nova alteração legal é ter esclarecido que são frágeis os argumentos que por ventura descredibilizem a aplicação do compartilhamento sendo, em regra, a medida que deve ser encorajada para que filhos mantenham relações de elos mais verdadeiros.

3.3 O “consenso” e os aspectos psicológicos no compartilhamento

Com as devidas ponderações até então sobre a guarda compartilhada, acerca da sua essência, intenções e propósitos, há também de se considerar um tópico dentro de sua aplicabilidade que provoca, dentro da temática, algumas inquietações e por isso merece maior apreciação. A doutrina enfrenta algumas indagações sobre a compatibilidade de aplicar os moldes da guarda compartilhada dentro de relações que envolvam casais parentais que não têm uma construção de afinidade entre si.

As primeiras noções e discussões doutrinárias, sobre guarda compartilhada, tomavam um lado bastante receoso sobre a aplicabilidade nas relações em que os pais não possuíam bom trato. Considera Gama (2008, p. 221) que pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo poderiam sabotar um ao outro contaminando a vida dos filhos e, nesse caso, mais aconselhável talvez fosse o modelo de guarda unilateral com a fixação de direito de convivência a outra parte.

No entanto, parece que esses posicionamentos enfraqueceram na doutrina mais recente, é o que se depreende quando Dias (2015, p.521) defende que, pela alteração legal da Lei nº 13.058/2014 há expressamente o esclarecimento que o compartilhamento da guarda não depende da convivência harmônica entre os pais.

Ainda, chama-se atenção que essa prerrogativa nunca esteve na lei, mas foi equivocadamente adotada pela jurisprudência dos tribunais para tratar as questões de guarda. A questão é interpretar a Lei nº 13.058/2014 e perceber que, além de proteger os menores, ela também acaricia os pais ao equipará-los em funções, independente da vontade deles, porquanto a ideia é atender ao melhor interesse do filho sem qualquer predileção a mães ou pais.

As situações de beligerância e litigiosidade não podem servir de fundamento para impedir a divisão equilibrada do convívio (DIAS, p.521). Para a mesma autora (p. 522), o compartilhamento da guarda deve primar pela prevalência dos superiores interesses dos incapazes.

Nesse sentido, imperioso destacar que a redação da própria Lei de igualdade parental revela, em seu §2º, que mesmo que haja desacordo entre os pais, o modelo de compartilhamento deve, em regra, vigorar, *in verbis*:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2014)

Sendo assim, parece prescindível a relação de consensualidade, embora desejável, à aplicabilidade da guarda compartilhada. Sobre a concepção de consensualidade e aplicabilidade da guarda compartilhada, Madaleno (2011, p.431) pondera que seria adorável uma dose de consenso entre o casal parental mas que, caso não o haja, os pais não se desconectam da tarefa fundamental de priorizar os interesses da prole comum, sendo assim, não podem ser prejudicados (pais, mães e filhos) pela falta de consenso, exigindo-se apenas tolerância e respeito, qualidade que a própria aplicação da guarda compartilhada – tão pedagógica, pode ensinar.

Em que pese o foco do estudo seja pautado no jurídico, é necessária, diante da complexidade da temática envolvida e para enriquecimento da análise, abordar alguns aspectos psicológicos, ainda que ligeiramente, o que traz subsídios para ampla compreensão sobre as famílias e a aplicabilidade da guarda compartilhada.

Para Silva (2015, p.140) ambos os pais cumprem papéis muito importantes ao conduzir a vida da criança. Nesse sentido, é importante revelar uma interpretação mais plural sobre as questões de gênero para que os conceitos não sejam reproduzidos de forma engessada, ou seja, perceber com sensibilidade que as

funções são divisíveis e assumidas conforme os sujeitos assimilam e reconhecem seu papel. A questão é de reafirmação de igualdade de papéis, além das abordagens anteriores, é destacar que houve luta das mulheres para conquistar um espaço além do maternal, mas também houve luta dos homens para alcançar sua paternidade além do prover. A reivindicação de mães e pais é contra um vício social que impôs lugares de atuação delimitadamente e que não vive a realidade afetiva ou satisfaz os envolvidos, assim, como já muito destacado neste trabalho o que se busca é uma igualdade. Para Zimerman (2008, p.485) já vem acontecendo a mudança nos papéis que permite aos pais maior participação na vida dos filhos desejando permanecer guardiões, o que pela lógica do compartilhamento, segundo o autor, traz benefícios ao filho. Nessa mesma construção, Zimerman (2008, p.486) defende que sempre que os pais conseguirem ser participativos na vida dos filhos, envolvendo-se diretamente com sua educação e interesses, quem ganha são os filhos e os pais que conseguem viver plenamente a aventura da parentalidade.

Essa paridade pode ser conquistada através da aplicabilidade da guarda compartilhada, enquanto em um modelo de guarda e visitas, o convívio com os pais se torna desigual e, segundo Silva (2015, p.140) os filhos serão os mais afetados pela perda de um referencial na vida diária. A análise parece ressignificar os sentidos da parentalidade, dando liberdade a uma reconstrução de papéis para homens e mulheres – uma questão, sobretudo, de proteção aos filhos que terão com mais honestidade o convívio com pais e mães mais genuínos no exercício da guarda compartilhada. Com efeito, sobre essa ótica, é interessante transcrever, em sua totalidade, a percepção sobre a modalidade do compartilhamento da psicanalista Maria Antonieta Motta:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualmente da convivência, da educação, e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão pela metade em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Tampouco é preciso que estes desloquem-se da casa de um genitor para a de outro em períodos alternados, pois na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância desde que haja respeito pela rotina da criança. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e também muitas vezes bem-sucedida, mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade. Ao conferir aos pais a 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 (MOTTA, 1996, p.19).

Esboça-se, assim, que o desenvolvimento ligado ao valor do afeto de ambos pais pode estar bastante relacionado, e diretamente, com a compreensão do que é melhor para o interesse dos filhos.

4 DA SINTONIA ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

4.1 Benefícios da aplicabilidade da guarda compartilhada

Como já se vem abordando, a modalidade de compartilhamento de guarda pode ser um grande instrumento para proteger os filhos quando seus pais ou responsáveis não “dividem” a mesma vida e, por consequência, criam dois mundos de relacionamento com a prole, o que não necessariamente é algo ruim, se bem elaborado.

A guarda compartilhada apresenta várias benesses na solidificação do relacionamentos e, acredita-se que traga aspectos positivos sua aplicabilidade. É interessante ressaltar, mais uma vez, que a convivência familiar distribuída igualmente é um aspecto que favorece filhos e também os pais, ainda que esses não percebam instantaneamente. A existência de maior cooperação e participação nas rotinas pode fortalecer os vínculos do todo. Para Gama (2008, p. 222) a essência do modelo da guarda compartilhada está refletida na palavra cooperação, já que livremente e por mútuo consentimento os pais geraram um filho.

Ainda, nessa estrutura de convivência compartilhada, a criança ou adolescente, não precisa sacrificar-se emocionalmente decidindo com quem deve viver, ressentindo uma culpa que afasta o convívio com o outro. Por não haver uma predileção entre os pais, digo, na hora escolher um guardião, a vida da prole será apreciada por ambos os pais, podendo os filhos usufruírem do convívio entre as pessoas mais importantes de sua existência. Para Madaleno (2011), sobre o desenrolar desse convívio e para que o compartilhamento seja vantajoso, é preciso doar tempo para os cuidados básicos e se envolver, de fato, com o cotidiano dos filhos para que se sintam envolvidos pelo afeto.

O compartilhamento deve primar pela satisfação dos menores envolvidos na situação, há de se destacar que a convivência nesse modelo também pode trazer vantagens para os pais. Como já referenciado aqui de forma sutil, tal modalidade não sobrecarrega apenas um dos responsáveis, uma vez que chama todos para o exercício da parentalidade, concretizando um princípio de igualdade. Com a permissão que todos vivam equilibradamente em torno dos filhos, a elaboração da parentalidade tende a ser algo menos angustiante e mais próximo de uma satisfação

com a própria função. Nesse sentido, acredita-se que a prestação de outros deveres assistenciais – como os alimentos, por exemplo, tenham cumprimentos mais leves, com maior boa vontade, porquanto o chamamento na relação com o filho não é somente “financeiro”, mas “também o financeiro”; ou, ainda, a parentalidade não é “apenas” pecuniária, mas “também compreende que é necessária a assistência material”. Fala-se, assim, em uma reinterpretação da parentalidade a partir do compartilhamento quando há uma maximização de deveres, ao passo que os pais compreendem com maior ênfase e sensibilidade onde moram os direitos dos filhos.

Entende-se, a partir disso, que as relações ficam mais proveitosas, os pais menos vigilantes um do outro e passam a focar mais no crescimento do elo comum preocupados com o melhor interesse da prole.

4.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A aproximação de todas as questões até então pensadas é para, então, observar um objetivo de construção para elas, qual seja, um princípio capaz de proteger aqueles mais vulneráveis até a maioridade civil. Com tantas demandas que afetam a vida dos filhos menores – como a separação¹ dos pais, tem-se a necessidade de resguardar os interesses do elo mais frágil de modo que se viabilize uma vida menos traumática. Segundo Madaleno (2011, p. 97) deve ser tratado como prioridade o princípio que ampara os direitos e deveres da criança e do adolescente por se tratarem de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade. Assim, dentre as variadas formas no ordenamento jurídico para socorrer o direitos dos filhos menores, está a garantia de reconhecê-los como sujeitos de direito.

Dias (2015, p.53) acredita que proteger não é somente uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família e sociedade. Protegê-los parece um modo de, além de trabalhar a parentalidade, garantir dignamente que cheguem com tranquilidade à maioridade para que possam usufruir de forma consciente seus direitos fundamentais.

¹Para ZIMERMAN (p. 481) o momento da separação do casal é um momento crítico, de crise dentro do ciclo vital, que mobiliza afetos depressivos pela perda de um ideal – ideal de completude nascida através da conjugalidade e também a perda de um ideal de estrutura familiar – seja ela um modelo patriarcal ou matriarcal, mas de “pai-mãe-filho juntos”.

Em seu artigo 227, *caput*, a nossa Constituição Federal defende intrinsecamente o que é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, trazendo o Código Civil também reflexões sobre a interpretação do princípio nos artigos referentes à proteção dos filhos, sopesando, ainda, todo o propósito do Estatuto da Criança e do Adolescente que conduzem sua literalidade para uma prática respeitosa com os menores.

O doutrinador Gama (2008, p.261) faz valer que a guarda compartilhada é a indicação para atender aos interesses dos menores, pois tudo remonta a uma conscientização de que os vínculos paterno-filial e materno-filial nunca se romperão, independente das questões de guarda que, diga-se de passagem, sempre devem ser avaliadas em prol da criança. Corrobora Zimmerman (2008, p.630) a questão do princípio do melhor interesse do menor está ligado à felicidade da criança, intimamente, pois resguardar análises que estejam fundamentadas nesse princípio, tendem a elevar a felicidade dos protegidos.

4.3 A aplicação da Guarda Compartilhada em consonância ao Princípio do Melhor Interesse do menor

Vislumbrar o que se entende como melhor interesse do menor esteve norteando esta pesquisa até então e, não diferente seria, analisar se a guarda compartilhada atende ao princípio. O melhor interesse da criança e do adolescente, ainda que siga uma subjetividade, é presumível pela tendência a reunir condições favoráveis aos menores, reprimindo que o desejo dos pais seja algo primordial.

Assim, busca-se entender se a guarda compartilhada atenderia a este superior interesse. Quando a Lei nº 13.058/2014 apresenta alterações sobre o que já se entendia conceitualmente por guarda compartilhada, busca-se ponderar exatamente o que ela pretende quando, em sua redação, dispensa uma relação amistosa entre os pais alterando o art. 1.584, § 2º do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.584, § 2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2002).

Pois bem. A partir dessa alteração na redação, conjectura-se a pretensão de mudar todo um discurso que poderia influenciar equivocadamente na tomada de decisões sobre guarda que adotasse um modelo unilateral e que se acredita não ser o mais adequado. A mudança no texto, especificamente nesse ponto que não mais exige uma relação de consensualidade, inegavelmente protege a relação individual de cada pai e cada mãe, mas uma proteção por consequência. Explica-se. A intenção do legislador parece apta à proteção dos interesses dos menores, exatamente porque são sujeitos em vulnerabilidade, inclusive de escolhas e, conviver apenas com um de seus pais – por um desacerto pessoal entre eles, não parece nada justo por todas as questões de afeto, parentalidade e proteção que já se abordaram.

Nesse sentido, parece que a aplicabilidade da guarda compartilhada, ignorando a forma de relacionamento entre os pais, se faz respeitável com todos, porquanto abriga o direito de igualdade entre os responsáveis e, sobretudo, privilegia os menores que podem (con)viver com os pais, singularizando e estreitando seus laços afetivos. Outrossim, ao passo que a guarda compartilhada é uma modalidade bem garantista de direitos - dos pais, mães e dos menores, também aparenta ampliar de deveres dos responsáveis uma vez que exige um maior comprometimento no cumprimento da parentalidade. Sobre o princípio do superior interesse da criança, Zimerman (2008,p.479) defende que “é necessário considerar, principalmente, os aspectos psíquicos que envolvem a criança, os requerentes da guarda e o vínculo existente entre eles”. Nesse sentido o autor considera que a questão da guarda, para curvar-se ao melhor interesse do menor, deve imperativamente considerar o vínculo e o valor do afeto, corroborando que a guarda compartilhada respeita o espaço da parentalidade e da igualdade. No mais, o autor adverte que:

O risco que se corre, se esses aspectos não puderem ser valorizados, é o de que o processo de guarda possa ocupar o lugar de impor à criança mais uma situação traumática. Por isso há que se sensibilizar a todos os envolvidos para que se dêem conta de que esses casos tratam de crianças que já enfrentaram difíceis situações de vida, seja pela separação dos pais ou própria ausência (ZIMERMAN, 2008, p. 479).

A pretensão, assim, da guarda compartilhada é minorar eventuais sofrimentos dos menores e oportunizar a convivência familiar para todos, o que se aproxima,

mais concretamente da ampla compreensão que se tem sobre o superior interesse dos menores.

CONCLUSÃO

O comportamento social fez tradição - voluntariamente ou não, alguns paradigmas sobre a família no sentido de promover um discurso de desigualdade entre os gêneros e que muito repercutiu dentro das relações, em especial as familiares. Ainda que o ordenamento jurídico caminhe para embargar essa lógica de desigualdade, há de se reconhecer que a sociedade e, por consequência o Judiciário, ainda têm um pensamento bastante contaminado por padrões de outrora. Nesse sentido, o trabalho buscou recordar uma análise necessária para o corpo social intencionar seu discurso para além de uma percepção que engesse personagens e papéis, compreendendo que a sociedade é emergente e possui demandas ímpares, com famílias ímpares e que possuem ordens singulares, sendo pertinente a sensibilidade para análise de suas angústias, não cabendo estabelecer condutas de comportamento de modo generalizado.

Inicialmente, discorreu-se sobre a essência das composições familiares e da ampliação de seus desenhos, reafirmando a paridade parental dentro das condutas de gênero, resignificando o papel para pais e mães. Na tentativa conceitual, vislumbrou-se desmistificar os papéis da maternidade suficiente e rogar pela efetiva participação paterna, desenhando que homens e mulheres, enquanto pais e mães estão em nível de igualdade, inclusive defendido e positivado pela Constituição Federal de 1988. Assim, defendeu-se que há igualdade entre os gêneros inclusive no que é referente ao exercício da parentalidade e condução da vida dos filhos, especialmente quando os pais ou responsáveis estão separados.

Intencionou-se, aqui, portanto, o reconhecimento que as composições familiares são autênticas, construídas em sua (des)ordens e que o afeto é um elemento essencial que guia relações mais confiantes, porquanto faz outros aspectos crivados de formalidades sofrerem uma secundarização e vivifica a liberdade dos relacionamentos.

Ratificou-se que o direito deve acompanhar o ritmo das famílias que se funcionalizam sem necessariamente exigir um selo de casamento ou união estável, compreendendo que as famílias têm espaço na pluralidade e na alteridade. Constatou-se que a ausência de um casal conjugal não anula, sobremaneira, a questão do casal parental porquanto deve persistir o interesse pela vida de um elo para sempre comum, os filhos. Ressalta-se ainda, que muitos filhos nascem apenas

de relacionamentos esporádicos e, portanto, sem a preexistência de um casal conjugal, motivo pelo qual as relações paterno-filiais não devem sofrer alterações se outras situações vierem abalar a convivência entre os pais.

Nesse ponto, investigou-se acerca das questões que dizem respeito à parentalidade e a regulamentação da vida dos menores, objetivando uma construção analítica acerca das modalidades de guarda e suas pretensões em relação ao melhor interesse da criança e do adolescente. Aprofundando a pesquisa em relação à aplicabilidade de uma guarda que melhor atenda aos interesses da criança, entendeu-se que a guarda compartilhada floresce e estreita vínculos familiares permitindo, primordialmente, que a prole não perca a referência paterna e materna. A guarda compartilhada incentiva o direito de convivência justa e simboliza aos pais que suas atribuições são conjuntas o que, subjetivamente ou objetivamente, alivia as responsabilidades de tomar individualmente a integralidade de decisões e realça relações mais tranquilas.

Nesse sentido, cuidou-se que a Lei nº 13.058/2014 reúne aspectos, em sua maioria, favoráveis à concretização de uma parentalidade mais honesta pois permite que os pais sejam presentes equilibradamente no desenvolvimento dos filhos, cabendo ressaltar que perfectibiliza relações mais afetivas, observando, para tanto, princípios constitucionais.

Pelas análises doutrinárias, é possível afirmar que o modelo de guarda exclusiva, uniparental prejudica a relação paterno-materno-filiais. O modelo de guarda única rompe a convivência espontânea dos laços afetivos. Desse modo o modelo de guarda compartilhada assume com força elementos de paridade entre todos e proporciona ampla comunicação, liberdade, afeto sem restrições e respeito para que as relações sejam permeadas de dignidade e paterentalidade responsável.

Verificou-se que o interesse da criança e do adolescente é mais privilegiado se, de fato, a regra for a guarda compartilhada, isso porque as referências devem ser preservadas e ambos os pais devem realizar seu espaço no acompanhamento de uma história comum. Tornou-se notório que a consensualidade entre os pais não é primordial conforme diz a própria redação da Lei nº 13.058/2014, sendo inadmissível que qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes desconsidere o princípio dos seus melhores interesses. Ademais, a aplicabilidade da guarda compartilhada não pressupõe uma relação de consensualidade entre os pais, justamente porque ela vislumbra o melhor interesse

da criança e do adolescente que é, por consequência, o direito de crescer sadiamente entre os pais na comunhão do afeto. Por outro lado, também vislumbrou-se que a prática do compartilhamento obriga o desdobramento de um relacionamento respeitoso entre os pais e instrumentaliza-se como meio de harmonizar sentimentos. As decisões devem enaltecer os preceitos da Carta Magna com o escopo de garantir e colaborar que a Justiça seja um espaço de proteção dos vínculos, tornando-se eficaz quando garante integralmente os direitos, pois nada pode ser mais valorado do que proporcionar aos que estão no exercício da formação de sua personalidade o afeto, carinho, a compreensão, amizade, educação, saúde e o convívio igualitário

Assim, conclui-se que a guarda compartilhada estimula a educar juridicamente para as evidências e as vantagens do “criar conjuntamente”, com destaque que esse modo, de fato, iguala a participação dos pais na vida dos filhos preservando os direitos e deveres atinentes à autoridade parental com observância integral e generosidade que contempla ao princípio que ampara o melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Docasamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997.
- BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Livro digital, 1985. Disponível em: <[http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20\(pdf\)%20\(rev\).pdf](http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20(pdf)%20(rev).pdf)>
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.
- BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito de Família*. In: *Direito Civil Brasileiro*, v. 5, 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. São Paulo. Editora Livraria do Advogado, 2015.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Forense. 2011.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada: uma solução possível*. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 9, fevereiro 1996, bimestral.
- ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre Guarda Compartilhada*. São Paulo: Editora JHMizuno, 2015.
- ZIMERMANN, David. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 2ª Ed. São Paulo. Editora Millennium. 2008.