



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELEECER O DUPLO DOMICÍLIO
NA GUARDA COMPARTILHADA

Cristiane Netto Seixas

Rio de Janeiro
2021

CRISTIANE NETTO SEIXAS

A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELECE O DUPLO DOMICÍLIO
NA GUARDA COMPARTILHADA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2021

A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELEECER O DUPLO DOMICÍLIO NA GUARDA COMPARTILHADA

Cristiane Netto Seixas

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – Com a emancipação feminina e o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito, o modelo de guarda dos filhos sofreu alterações. Por isso, a guarda compartilhada foi estabelecida há mais de uma década. Entretanto, esse instituto não vem sendo aplicado em sua plenitude por todos os magistrados sob o fundamento da busca do princípio do melhor interesse do menor, transformando a coparentalidade em uma guarda unilateral modificada. Nesse sentido, a essência do trabalho é abordar a resistência encontrada no Poder Judiciário em aplicar a guarda compartilhada em sua integralidade, isto é, fixando o duplo domicílio, além de apontar possíveis danos acarretados pela residência única.

Palavras-chave – Direito de Família. Guarda compartilhada. Alienação parental. Duplo domicílio.

Sumário – Introdução. 1. A relevância das mudanças estruturais e principiológicas que envolvem a família. 2. Autoridade parental e a resistência do Poder Judiciário de estabelecer a guarda compartilhada. 3. A fixação da residência única do filho como meio de perpetuação da guarda unilateral e de aplicação de sanção civil ao outro genitor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende refletir acerca da inobservância da norma quando a sentença estabelece um lar referencial para o filho na guarda compartilhada. A pesquisa visa, assim, responder se tal decisão acarretaria prejuízos à família.

Para isso, abordam-se as posições doutrinárias, jurisprudenciais e estudos científicos sobre o tema para debater se os princípios do melhor interesse da criança e do direito de convivência são atendidos na residência unilateral.

Tais princípios são reconhecidos pela Constituição Federal e assegurados pela legislação infraconstitucional, sendo o princípio do melhor interesse da criança o principal fundamento da fixação do domicílio único, favorecendo as seguintes reflexões: a residência única atende aos anseios da família contemporânea? O domicílio único permite o equilíbrio parental? A fixação de um lar de referência na guarda compartilhada atinge o objetivo do legislador de favorecer a convivência familiar e dificultar a prática de alienação parental?

O tema merece atenção, por isso, ante a importância da intervenção do Poder Judiciário no sentido de assegurar proteção integral à criança e ao adolescente.

Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo do trabalho apresentará, brevemente, a evolução histórica da estrutura familiar e da relação das crianças e dos adolescentes com a sociedade, tratando ainda dos princípios norteadores inseridos no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988. O objetivo, nesse ponto, é demonstrar que a família contemporânea não comporta mais a monopolização dos filhos.

No segundo capítulo, a autoridade parental, as mudanças de paradigma nos cuidados com os filhos e a resistência no Poder Judiciário em estabelecer a guarda compartilhada serão discutidas a fim de demonstrar o enraizamento da cultura patriarcal e da maternalização na sociedade.

Já o terceiro capítulo apontará a importância do duplo referencial no desenvolvimento infantil; apresentará o duplo domicílio como regra, bem como seus efeitos para as crianças e os adolescentes; e exporá as possíveis consequências das sentenças que estabelecem a residência única sem razões que justifiquem essa exceção. A finalidade é analisar como a monopolização do filho do casal pode acarretar prejuízos à criança e se pode facilitar a prática de alienação parental ou enfraquecer os laços afetivos com um genitor.

A pesquisa se desenvolve pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que hipóteses, as quais a pesquisadora acredita serem adequadas, foram levantadas a partir de problemas evidenciados ao longo de sua atuação em processos envolvendo a guarda de filhos menores.

Para tanto, a abordagem dos objetivos da pesquisa é qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental na sua fase exploratória a fim de sustentar a tese.

1. A RELEVÂNCIA DAS MUDANÇAS ESTRUTURAIS E PRINCIPIOLÓGICAS QUE ENVOLVEM A FAMÍLIA

A entidade familiar surgiu como um fato natural¹, ganhando contornos relevantes na sociedade. Por essa razão, para Maria Berenice Dias² “[...] a família é o primeiro agente socializador do ser humano”.

Conforme preleciona Friedrich Engels³, a família é o produto do contexto social de cada época e reflete sua cultura, sendo, portanto, fortalecida como uma política de Estado a fim de manter a sociedade estruturada⁴. Por isso, a entidade familiar foi elevada a condição de base da sociedade pela nova ordem constitucional.

¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

²Ibid., p. 34.

³ENGELS apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31.

⁴DIAS, op. cit., 2016, p.35.

A fim de romper definitivamente com o regime anterior, a Constituição Federal de 1988⁵ deslocou a proteção jurídica dos direitos humanos para seus primeiros artigos, conferindo maior relevância às pessoas em relação ao Estado.

Por essa razão, a dignidade da pessoa humana, inserida no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna⁶, passou do caráter teórico para o normativo, sendo reconhecida como o núcleo central do ordenamento jurídico brasileiro.

Na entidade familiar, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana foi delicadamente traduzida pela autora Maria Berenice Dias⁷:

[...] a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe proteção independente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum-, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas [...].

Diante disso, o paradigma de organização familiar foi drasticamente alterado. A rígida estrutura patriarcal deu lugar a um núcleo familiar sustentado pelo liame afetivo existente entre seus membros, cujo papel foi redimensionado de forma a garantir tratamento isonômico e proteção igualitária⁸, afastando a antiga relação de subordinação na família.

No que tange às crianças e aos adolescentes, até o advento da CRFB/88⁹ eles eram mantidos na posição de meros objetos. Por isso, a tutela estatal discriminatória, voltada apenas para os jovens em situação de risco¹⁰, era socialmente aceitável. Aqueles que recebiam algum tipo de cuidado por seus pais ou por terceiros, mesmo que fossem negligenciados ou abusados, não eram merecedores da atenção estatal por não oferecerem risco à sociedade.

O objetivo do Estado na época era proteger a moralidade social por meio de um modelo punitivo-pedagógico aplicado em instituições que, em tese, deveriam substituir os cuidados familiares a fim de inserir esses jovens no mercado de trabalho, desconsiderando a

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 set. 2020.

⁶Ibid.

⁷DIAS, op. cit., 2016, p.49.

⁸Ibidem, p. 50.

⁹BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁰Jovens em situações risco era o termo utilizado para designar as crianças e os adolescentes abandonados ou delinquentes. SILVEIRA, Jessica Ziegler de Andrade. *A Proteção Integral e o Melhor Interesse da criança e do adolescente: uma abordagem à luz da Lei nº 8.069/90*. 2015. 72f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>>. Acesso em: 07 out. 2020.

existência de qualquer direito fundamental¹¹.

No tocante à guarda dos filhos, não era diferente. A responsabilidade estatal voltava-se a garantir os interesses dos pais e da sociedade. Assim, o genitor que melhor representasse os padrões morais da época era favorecido com a guarda do filho, refletindo verdadeira aplicação de sanção civil ao adulto infrator dos costumes morais. Vale destacar que o modelo de guarda da época era unilateral e sem previsões claras acerca do direito de convivência familiar.

Entretanto, com o advento da CRFB/88¹² e do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³, as crianças e os adolescentes foram elevados à condição de sujeitos de direito com prioridade absoluta. Assim, a Doutrina da Irregularidade foi substituída pela Doutrina da Proteção Integral ante a extensão da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a eles de forma específica no artigo 227, *caput*, da CRFB/88¹⁴.

Por isso, para Paulo Lôbo¹⁵, “o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado [...]”.

Seguindo o mesmo raciocínio, Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁶ assim explicou:

[...] a criança e o adolescente surgiram como protagonistas de suas relações. Foram alçados, pela ordem jurídica, à condição de pessoas em desenvolvimento, sendo alvo de ações prioritárias da família, da sociedade e do Estado. Passaram a exercer papéis ativos em sua própria educação e criação. É nesse espaço de maior democracia que se insere a relação parental [...].

Desde então, a responsabilidade estatal voltou-se para a promoção dos direitos fundamentais e a proteção especial das crianças e dos adolescentes por determinação expressa do artigo 227, §1º, da CRFB/88¹⁷.

Para Rolf Madaleno¹⁸, o tratamento especial concedido as crianças e aos adolescentes se justifica pela sua condição de vulnerabilidade, inerente ao processo de desenvolvimento físico e emocional. É essa condição peculiar, de vulnerável, que atrai a aplicação do princípio do melhor interesse do menor, corolário da Doutrina da Proteção

¹¹Ibid.

¹²BRASIL, op. cit., nota 05.

¹³BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁵LÔBO apud DIAS, op. cit., 2016, p.53.

¹⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade parental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35/36.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁸MADALENO, op. cit., 2013, p.51.

Integral, como princípio norteador de todas as decisões que envolvam crianças e adolescentes, incluindo os casos de conflitos entre eles e terceiros.

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹:

[...] o princípio do MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA/ADOLESCENTE significa o assento e a consolidação de uma mudança paradigmática. É este princípio que autoriza e dá sustentação, por exemplo, para que a guarda dos filhos esteja com aquele que tiver melhores condições psíquicas para cuidar dos menores, independentemente de ser o pai ou a mãe biológica. É este princípio, associado à dignidade e ao princípio da afetividade, que fez nascer novos institutos jurídicos como a guarda compartilhada e a parentalidade socioafetiva [...].

Destarte, é dever do Poder Judiciário utilizar-se do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como um parâmetro para a aplicação de todas as normas, como ensina Rose Melo Vencelau Meirelles²⁰ :

[...] o princípio do melhor interesse da criança foi introduzido no ordenamento brasileiro como consequência da doutrina da proteção integral. Sua aplicação é requerida quando a peculiar situação da criança demanda uma interferência do Judiciário, Legislativo e Executivo. Trata-se de circunstâncias que envolvam a guarda e visita de filhos de pais separados, medidas socio-educativas, colocação em família substituta, dentre outras [...].

Por essa razão, os magistrados devem verificar, no caso concreto, qual decisão atenderá verdadeiramente aos interesses das crianças e dos adolescentes em questão, de maneira que os interesses dos pais sejam considerados apenas como fonte subsidiária na aplicação da norma.

2. A AUTORIDADE PARENTAL E A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELECEER A GUARDA COMPARTILHADA

Para melhor compreensão do tema principal, qual seja, a resistência no Poder Judiciário de estabelecer o duplo domicílio na guarda compartilhada, torna-se necessário tratar brevemente acerca do poder familiar e da aplicação do regime da guarda compartilhada.

O poder familiar se originou da ideia de posse, de domínio sobre os filhos. Com o advento da CRFB/88²¹, o princípio da proteção integral e a paridade entre os cônjuges

¹⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família*. Disponível em:< <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/40.pdf>>. Acesso em: 21 jan.2021.

²⁰MEIRELLES apud VALE, Horácio Eduardo Gomes. *O Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em: 01 mar.2021.

²¹BRASIL, op. cit., nota 05.

transformaram o domínio paterno em um dever parental de proteção que se estende a ambos os pais, como expressa Waldyr Grisard Filho²² “[...] a leitura atual conferida ao poder familiar representa, doravante, um poder-dever, um respeito à dignidade e aos direitos da personalidade dos filhos e deve ser exercido regularmente por ambos os pais”.

Dessa forma, ante a abordagem contemporânea da relação parental, a expressão poder familiar tornou-se inadequada, por remeter a ideia de um autoritarismo supremo que é estendido a toda a família. Por isso, a fim de traduzir a intenção do constituinte de deslocar a parentalidade da posse para proteção, a expressão autoridade parental passou a ser usada em substituição ao poder familiar, colocando os filhos como protagonistas dessa relação conferindo um espaço de maior democracia, a família²³.

Assim, essa autoridade passou a ser exercida servindo ao melhor interesse dos filhos, tanto na esfera material quanto existencial, como aponta Rolf Madaleno²⁴:

[...] portanto, deixam os pais de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos para assumirem um dever natural e legal de proteção da sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade, sempre na execução conjunta dessa titularidade ou de forma unilateral, na ausência ou impossibilidade de um dos pais ou com o consentimento expreso do outro genitor que reconhece a validade dos atos praticados em prol dos filhos comuns [...].

Nesse diapasão, o autor Washington de Barros Monteiro²⁵ foi capaz de traduzir a importância da autoridade parental em sua definição:

[...] o pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Debaixo de seu manto protetor, colocam-se todos os filhos menores, sem exceção, seja qual for a sua categoria: legítima, legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos [...].

Em que pese tenha se utilizado da expressão “pátrio poder”²⁶, as palavras do autor citado refletem a aplicação dos princípios da igualdade e da afetividade na relação parental que ensejaram alterações sociais e normativas.

O movimento feminista teve como consequência reflexa a mudança de paradigma na relação do homem com a paternidade. À medida em que a mulher se inseriu no mercado de

²²GRISARD FILHO, Waldyr et all. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos jurídicos*. Porto alegre: Equilíbrio, 2005, p.39.

²³TEIXEIRA, op. cit., 2009, p.36.

²⁴MADALENO, op. cit., 2013, p. 676.

²⁵MONTEIRO apud RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.946.

²⁶O pátrio poder foi inserido no Código Civil de 1916 e assegurava a hierarquia do marido, visto que o ordenamento jurídico lhe conferia o controle sobre sua família. DIAS, op. cit., 2016, p.456.

trabalho, o homem foi deslocado do papel de mero provedor para o de pai. Dessa forma, a maternidade e a paternidade passam a ser entendidas como funções a serem exercidas em prol dos filhos com base nos princípios da igualdade, do melhor interesse da criança e do adolescente,²⁷ da afetividade e da convivência familiar.

A manutenção do vínculo parental pelo afeto se tornou tão relevante na sociedade, que o princípio da afetividade foi reconhecido e inserido no ordenamento jurídico de forma indireta, conforme preleciona Maria Berenice Dias²⁸ “[...] mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção”. Para a autora, portanto, é a existência dos laços afetivos e da solidariedade que justificam a necessidade de assegurar a convivência familiar.

Destarte, ao equacionar as mudanças socioeconômicas e culturais das últimas décadas com a valorização dos membros da família, encontra-se como resultado que a guarda unilateral deixou de atender aos anseios sociais, fato que acarretou o surgimento da guarda compartilhada e impulsionou a reflexão acerca da importância do convívio familiar.

Embora não existisse qualquer vedação legal para sua implementação antes de ser regulamentada, a guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 11.698 de 2008²⁹, alterando os artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil de 2002³⁰, a fim de legitimar essa nova modalidade.

Seu objetivo era manter a cotitularidade da autoridade parental e garantir o direito de convívio amplo com ambos os genitores após a separação conjugal, promovendo a manutenção dos laços afetivos e obstaculizando práticas prejudiciais ao desenvolvimento saudável da criança, como de alienação parental, visando ao melhor interesse do menor.

Entretanto, ante o enraizamento da estrutura patriarcal e da primazia do cuidado maternal, segundo dados do IBGE³¹ apresentados em 2014, a guarda compartilhada era estabelecida em apenas 7,5% dos processos de divórcio sob o argumento de que não haveria a possibilidade de sua aplicação sem acordo prévio.

²⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157 fls. Tese de Doutorado em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 21 jan.2021.

²⁸DIAS, op. cit., 2016, p. 55/56.

²⁹BRASIL. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

³⁰BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

³¹IBGE. *Estatísticas do registro civil*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

Dessa forma, em razão da resistência no Poder Judiciário em aceitar essa mudança de paradigma, a Lei nº 13.058/2014³² promoveu alterações nos artigos 1.583 a 1.585 e 1.634 do CC/02³³, impondo a implementação da guarda compartilhada como regra geral.

Contudo, as sentenças ainda prestigiavam a guarda unilateral materna, mantendo o argumento de que o compartilhamento da guarda nos casos conflituosos seria prejudicial ao infante. Nesse sentido, de acordo com dados do IBGE³⁴, nos anos de 2015 e 2016, a guarda compartilhada foi estabelecida em apenas 12,9% e 16,9% dos casos, respectivamente.

Por esse motivo, a Câmara dos Deputados informou a Corregedoria Nacional de Justiça acerca de reclamações de pais e mães referentes ao desrespeito à regra do compartilhamento da guarda.

Por efeito disso, a fim de estimular o cumprimento da lei e, conseqüentemente, respeitar a intenção do legislador, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação nº 25/2016³⁵ recomendando que os Juizes das Varas de Família entendam a guarda compartilhada como regra quando não houver acordo entre as partes.

Contudo, acompanhando os dados divulgados pelo IBGE³⁶ em 2019, verifica-se que a guarda compartilhada dos filhos foi concedida em apenas 26,5% dos divórcios e ainda que, nas hipóteses de fixação da modalidade unilateral, sua atribuição se reverteu em favor das mães em 93,5% dos casos. Isto significa que, já no ano de 2019, o enraizamento da antiga estrutura patriarcal com supremacia materna ainda prevalece, demonstrando a clara resistência no Poder Judiciário de aplicar a intenção do legislador, já ratificada pelo CNJ.

Isso posto, os dados mostram que o crescimento dos percentuais de guarda compartilhada ainda caminha lentamente. Tal fato aponta que as sentenças ainda prestigiam os interesses dos adultos, mantendo a tendência das decisões proferidas sob a égide anterior.

Ademais, a depreciação do discurso de psicólogos, acerca da essencialidade do duplo referencial para o desenvolvimento físico, emocional, ético e moral dos filhos³⁷, indica a afronta ao princípio do melhor interesse do menor, corolário da Doutrina da Proteção Integral.

³²BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

³³BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁴IBGE. *Estatísticas sociais*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

³⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº25*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>>. Acesso em: 21 jan.2021.

³⁶IBGE, op. cit., nota 34.

³⁷DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+>>>. Acesso em: 21 jan.2021.

3. A FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA ÚNICA DO FILHO COMO MEIO DE PERPETUAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL E DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO CIVIL AO OUTRO GENITOR

Nas últimas décadas, a interação paterna com os cuidados e educação dos filhos, em especial na primeira infância, foi desestimulada por uma suposta incapacidade genética masculina para a criação da prole. Todavia, a inserção da mãe no mercado de trabalho provocou a ruptura desse estigma, deslocando o pai da figura de mero provedor para cuidador dos filhos comuns.

Tal fato atraiu o interesse de especialistas a fim de observar o papel de ambos os pais no desenvolvimento infantil e os estudos acerca do tema apontaram a essencialidade do duplo vínculo referencial como ponto de convergência.

Assim, para Nelsinha Elizena Damo Comel³⁸, a imprescindibilidade desse liame está diretamente relacionada com a sobrevivência da espécie em virtude da extrema fragilidade humana desde o nascimento, como expõe “[...] a pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vai necessitar de ajuda e participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela”.

Por outro lado, João Batista Torello³⁹ entendeu que a essencialidade da contribuição dos pais se dá durante todo o processo de crescimento das crianças e dos adolescentes. Para ele, esse vínculo encontra fundamento na complementaridade de influências, compreendendo o filho como um produto de sua relação parental, e não, necessariamente, conjugal.

Essa imprescindibilidade do convívio familiar amplo para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes já foi reconhecida pelos aplicadores do direito, conforme preleciona a Ministra Nancy Andrighi⁴⁰:

[...] a moderna psicologia enuncia que a criança deve se desenvolver sobre o influxo de ambos os pais, ou seja, com oportunidades de conviver com as famílias paterna e materna de forma isonômica, para que assim possa formar sua personalidade da maneira mais completa possível.
Eis aí a verdadeira aplicação do princípio do melhor interesse da criança, previsto constitucionalmente [...].

Entretanto, a resistência no Poder Judiciário da aplicação da guarda compartilhada de

³⁸COMEL apud Ibid.

³⁹TORELLO apud Ibid.

⁴⁰PEREIRA, Rodrigo da cunha. *TJMG: convivência familiar e os reflexos da Lei nº13.058/2014*. Disponível em: <<https://www.rodrigodacunha.adv.br/tjmg-convivencia-familiar-e-os-reflexos-da-lei-13-0582014/>>. Acesso em: 22 jan.2021.

forma plena, traduz-se na necessidade de enfatizar a importância do duplo vínculo referencial e abordar a viabilidade do duplo domicílio, esclarecendo ao final que tal resistência já não se sustenta, nem sob bases legais, nem sob o fundamento do melhor interesse do menor.

No ordenamento jurídico brasileiro, o duplo domicílio foi estabelecido como regra. Com a nova redação do artigo 1583, parágrafo 3º, do Código Civil de 2002⁴¹, promovida pela Lei nº13.058⁴², o legislador afastou qualquer hipótese de omissão normativa acerca da designação de um domicílio para o filho, tal como era defendida por alguns autores, prevendo que apenas a cidade deve ser fixada como base de moradia da criança.

Interessante citar que a pluralidade domiciliar não constitui impedimento a aplicação do duplo domicílio por ser expressamente prevista no artigo 71 do Código Civil de 2002⁴³.

Ademais, a dupla residência ou dupla base de moradia não se confunde com a guarda alternada, que sequer possui previsão legal. Naquela, a criança possui duas casas de forma simultânea. Na última, a residência é alternada, isso significa que ela mora em cada casa apenas nos períodos pré-determinados.

No que tange as consequências psicológicas da implementação do duplo domicílio, estudos comprovam que a dupla residência contribui para a saúde mental das crianças à medida que promove o equilíbrio parental, a ampliação do convívio familiar e inibe, ou obstaculiza, a alienação parental.

A psicóloga e investigadora do Instituto Karalinska de Estocolmo, Malin Bergstrom, estudou os filhos de casais que vivem sob o regime de guarda compartilhada durante 5 anos⁴⁴, dividindo-os em grupos por faixa etária, quais sejam de 10 a 18 anos e 2 a 5 anos. Na Suécia, local do estudo, a guarda compartilhada é vivenciada nos moldes da residência alternada, modelo mais rígido se comparado ao pluridomiciliar, previsto no Brasil.

Ela concluiu que, em ambos os grupos, os filhos de casais que efetivamente vivem em residências alternadas apresentavam melhor saúde mental, física e bem-estar quando comparados àquelas que vivem com apenas um dos pais.

Embora tenha ressaltado que o estudo não gerou conhecimento suficiente para definir se a guarda compartilhada com pais em conflito poderia ou não ser indicado, afirmou que não encontrou problemas nos filhos desses casais.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 32.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴⁴NEVES, Céu. *Malin Bergström: "Crianças em residência alternada têm melhor saúde física e mental"*. Diário de notícias, 2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/sociedade/malin-bergstrom-criancas-em-residencia-alternada-tem-melhor-saude-fisica-e-mental-5743251.html>>. Acesso em: 17 fev.2021.

De acordo com o psicólogo Evandro Luiz Silva⁴⁵, no contexto familiar contemporâneo as crianças devem ter duas casas, afirmando que “nos acompanhamentos de crianças que vivem o modelo da guarda compartilhada com alternância de casa, observamos a boa adaptação e a facilidade de construir vínculos com as duas casas [...]”.

Ainda se referindo ao modelo alternado, o autor afirma que os pais devem permitir ao filho adaptar-se a nova situação de dupla residência, apontando que problemas comportamentais que possam surgir seriam fruto de problemas na relação entre os pais, sem relação com a dualidade de lares.

Assim, se a guarda alternada, molde mais rígido de convivência familiar, mostrou-se, cientificamente, benéfico às crianças e aos adolescentes, não há como sustentar que o duplo domicílio poderia prejudicá-los.

Nesse sentido, revela-se imprescindível analisar o provável impacto da dupla residência na alienação parental, visto que a guarda compartilhada foi instituída também com o intuito de inibir ou atenuar a alienação parental.

Para Rodrigo Cunha Pereira⁴⁶ “[...] a guarda dos filhos é uma questão, também, de poder”. A afirmação do autor se sustenta na resposta psíquica da maioria dos genitores frente a separação. É comum que os sentimentos de abandono e frustração decorrentes do fim da relação conjugal sejam transferidos aos filhos e resulte na manipulação da relação parental⁴⁷.

As crianças passam a ser percebidas como propriedade de um dos pais e a residência única tende a ser entendida como uma concessão da posse legítima do filho a um genitor. Nesse sentido, a guarda compartilhada com domicílio único se assemelha a guarda unilateral, visto que aquele que foi contemplado com a exclusividade da moradia do filho recebe privilégios muito semelhantes àqueles conferidos ao guardião unilateral.

O genitor agraciado com a residência única será o verdadeiro gerenciador da vida do filho, enquanto o outro permanecerá com a autoridade parental e um direito de visitas que não lhe seriam retirados na guarda unilateral. Por isso, Iane Ruggiero⁴⁸ defende que “a guarda

⁴⁵SILVA, Evandro Luiz. *Guarda de filhos: aspectos psicológicos*. In: GRISARD FILHO, Waldyr et all, op. cit., 2005, p. 23.

⁴⁶PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 21 jan.2021.

⁴⁷SANTOS, Renata Rivelli Martins dos; MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. *Direito à convivência ampla sobrepõe-se à vontade do guardião*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/direito-convivencia-genitores-sobrepoe-vontadesguardiao#:~:text=O%20alienador%20n%C3%A3o%20consegue%20reconhecer,irrestritamente%20com%20o%20seu%20genitor>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

⁴⁸RUGGIERO, Iane. *Como é a Guarda Compartilhada na prática?* Disponível em: <<https://ianeruggiero.jusbrasil.com.br/artigos/458934043/como-e-a-guarda-compartilhada-na-pratica>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

compartilhada não precisaria ter sido criada [...]”.

Assim, enquanto o poder para decidir sobre a vida dos filhos decorre da autoridade parental, a obstaculização de seu exercício deriva da convicção que um genitor possui de que o filho lhe pertence.

Essa percepção acaba sendo reforçada pelo Estado por meio do domicílio único e sua consequente amplitude de poderes, já que a residência do filho será mantida mesmo que o cotidiano do infante seja gerenciado unilateralmente⁴⁹. Nesse diapasão, Fernando Salzer⁵⁰ afirma “[...] a fixação do domicílio único, seja materno ou o paterno, deixa a criança ou adolescente à mercê de interesse próprio e privado do genitor que foi agraciado com a fixação a seu favor, afrontando a regra da prevalência do melhor interesse da criança”.

Posto isso, verifica-se que o domicílio único vai de encontro ao deslocamento das crianças e dos adolescentes da situação de objeto para sujeitos de direitos promovido pela CRFB/88⁵¹ e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁵², visto que privilegia interesses de um dos pais em detrimento do interesse dos filhos, afrontando ao princípio do melhor interesse do menor, corolário da Doutrina da Proteção Integral.

Por fim, cabe ainda apontar que a guarda é um exercício da autoridade parental que envolve tanto a custódia legal quanto a custódia física. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, os pais podem ser destituídos do direito de ter o filho sob sua guarda caso venham a praticar algum ilícito civil em desfavor da prole.

Os motivos que permitem a suspensão ou extinção da autoridade parental, e consequente da guarda fática do filho, estão descritos nos artigos 1.635 a 1.638 do Código Civil de 2002⁵³ e no artigo 24 do ECA⁵⁴, cujo fundamento pode retirado do artigo 227, parágrafo 4º, da CRFB/88⁵⁵ e do artigo 18 também do ECA⁵⁶.

Genericamente, entende-se que tal sanção é imposta ao genitor apenas nos casos em seja constatada a prática de abuso de autoridade, abandono ou violência física e/ou moral contra o filho. Especificamente, no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº12.318⁵⁷, a Lei da Alienação

⁴⁹Ibid.

⁵⁰SILVA, Fernando Salzer. *Guarda compartilhada, a regra legal do duplo domicílio dos filhos*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1524/Guarda+compartilhada%2C+a+regra+legal+do+duplo+domic%2C%A+Dlio+dos+filhos>>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 05.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵³BRASIL, op. cit., nota 30.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵⁵BRASIL, op. cit., nota 05.

⁵⁶BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵⁷BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.

Parental, o legislador previu a fixação da residência do filho como uma sanção aplicada ao alienador.

Portanto, analisando sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que a fixação da residência do filho em favor de apenas um genitor é, na realidade, uma sanção civil que é aplicada sem a prática de qualquer ato ilícito que a justifique.

Dessarte, as sentenças que estabelecem a guarda compartilhada sem observar a regra do duplo domicílio, condenam tacitamente o genitor desfavorecido a perda de parte de sua autoridade parental e concedem ao detentor da residência do filho comum poderes semelhantes aos de um guardião unilateral. Por isso, Fernando Salzer e Silva⁵⁸ afirma:

[...] quando um magistrado fixa residência base ou lar de referência de uma criança ou adolescente, na verdade ele está punindo o genitor que não foi agraciado com tal benesse, tacitamente imputando a este a prática de um ilícito civil, assim como suspendendo parte de seu poder familiar, implementando verdadeira guarda unilateral travestida de compartilhada, tudo isso sem a observância do devido processo legal [...].

No tocante ao filho, o domicílio único retira dele o senso de pertencimento aos dois lares, prejudicando o desenvolvimento de sua autonomia, segurança e flexibilidade social, fomentando, em contrapartida, o desapego e o medo do abandono.

Por fim, é importante citar que alguns autores entendem ser possível estabelecer um lar referencial nos casos em que o convívio não possa ocorrer de forma equânime. Entretanto, tal opção apenas perpetua a manutenção da criança ou adolescente sob a custódia fática de apenas um genitor, visto que a única mudança real seria o nome dado a fixação de um domicílio único.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como ponto central, a existência de um conflito entre a norma e o enraizamento da estrutura patriarcal no Poder Judiciário. Tal colisão se revela por meio das sentenças que estabelecem o domicílio único do filho na guarda compartilhada.

O legislador pretendia romper com a cultura da monopolização parental, promovendo a paridade parental e o desenvolvimento saudável dos filhos através do fortalecimento dos laços afetivos com ambos os pais. Entretanto, as decisões judiciais vêm mantendo o discurso de que a simultaneidade de residências acarretaria prejuízos à criança.

⁵⁸SILVA, op. cit., nota 50.

Ao longo da pesquisa, foi possível concluir que as reiteradas sentenças que fixam o domicílio único são desprovidas de fundamento científico, revelando ainda um retrocesso principiológico e legal que implica em uma conduta discriminatória entre os genitores por meio do devido processo legal.

Na prática, o Poder Judiciário vem mantendo as crianças e os adolescentes na condição de objeto à medida que proferem decisões que atendam ao interesse dos pais e da sociedade em detrimento dos reais interesses dos filhos, afrontando a Doutrina da Proteção Integral, preconizada na Constituição Federal, e a norma infraconstitucional.

Esta pesquisadora entendeu que as decisões judiciais vêm sendo proferidas dissociadas da realidade social, da norma e do discurso de especialistas que já constataram, cientificamente, que o senso de pertencimento do filho nas duas casas viabiliza seu desenvolvimento saudável, teoricamente, preconizado nas sentenças.

No tocante aos pais, foi possível verificar que o legislador buscou retirar a criança do poder de um genitor, mantendo-a como filho de ambos. Contudo, na realidade, aquele que é contemplado com a residência fixa gerencia o cotidiano da criança com liberdade própria da guarda unilateral. Por outro lado, o outro genitor exerce o direito de visita – romanticamente denominado de convivência familiar – e espera pela oportunidade de ser convocado para decidir sobre questões importantes na vida do filho, sendo punido com o afastamento parental.

Esta pesquisa chegou ao entendimento de que, para a prolação de uma decisão judicial que verdadeiramente vise ao melhor interesse do filho e a paridade parental, os julgadores devem preconizar a regra do domicílio único, utilizando-se da equipe multidisciplinar para aplicar o lar referencial apenas como exceção.

Cabe frisar que as decisões acerca do domicílio do filho possuem como objetivo preservar o desenvolvimento saudável da criança. Por isso, não se deve esperar que a sentença resolva os conflitos existentes entre os pais, mas que promova o estreitamento dos laços parentais na busca pelo melhor interesse da criança.

Entretanto, ficou evidente que os julgadores defendem a paridade parental em prol do filho apenas na teoria, pois, na prática, recusam sua implementação.

O principal argumento usado por esta pesquisa para a solução da questão sustentou-se nas premissas de que o interesse da criança deve ser priorizado pelo Estado, que inexistem barreiras jurídicas que impeçam o filho de ter duas casas simultâneas associado a comprovação científica de seus benefícios.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que há resistência no Poder Judiciário na implementação da guarda compartilhada em sua

integralidade diante do enraizamento da cultura patriarcal e da maternalização sob o fundamento de proteção da criança.

Se o objetivo do julgador é aplicar a lei, com base nos princípios e nos costumes, não cabe a ele, com base em estruturas superadas pela sociedade, afastá-la como regra, fixando o domicílio único sob pena de acarretar perdas emocionais pelo rompimento de laços afetivos e o desenvolvimento de transtornos psíquicos tanto nos filhos como nos pais que poderiam ser evitados pela aplicação da lei.

Isso posto, o CNJ deve preocupar-se com a concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes por meio da aplicação das leis. Sentenças prolatadas com base na experiência obtida a partir de uma estrutura já superada, rechaçando o conhecimento científico, traduzem a imposição de um pensamento dominante que, não necessariamente, atende aos anseios sociais, tornando-se um potente instrumento de fomento dos conflitos entre os pais.

As alterações legislativas ainda não podem ser consideradas ideais, mas representam um grande avanço na concretização de princípios constitucionais como da afetividade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor e devem ser aplicadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 15 set. 2020

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº25*. Disponível em:< <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Decreto nº181*, de 24 de janeiro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Guarda compartilhada dos pais e duplo domicílio dos filhos*. Disponível em:<<https://ibdfam.org.br/artigos/1263/Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domic%C3%ADlio+dos+filhos>>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Filho da mãe*. Disponível em:<[file:///C:/Users/crist/Downloads/\(cod2_602\)2__filho_da_mae.pdf](file:///C:/Users/crist/Downloads/(cod2_602)2__filho_da_mae.pdf)>. Acesso em: 21 jan.2021.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em:<<https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+>>>. Acesso em: 21 jan.2021.

GRISARD FILHO, Waldyr et all. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos jurídicos*. Porto alegre: Equilíbrio, 2005.

IBGE. *Estatísticas sociais*. Disponível em:<<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

_____. *Estatísticas do registro civil*. Disponível em:<<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

MEIRELLES apud VALE, Horácio Eduardo Gomes. *O Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em: 01 mar.2021.

MONTEIRO apud RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.946.

NEVES, Céu. *Malin Bergström: "Crianças em residência alternada têm melhor saúde física e mental"*. Diário de notícias, 2017. Disponível em:<<https://www.dn.pt/sociedade/malin-bergstrom-criancas-em-residencia-alternada-tem-melhor-saude-fisica-e-mental-5743251.html>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157 fls. Tese de Doutorado em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Uma principiologia para o direito de família*. Disponível em: < <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/40.pdf>>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *TJMG: convivência familiar e os reflexos da Lei nº13.058/2014*. Disponível em: < <https://www.rodrigodacunha.adv.br/tjmg-convivencia-familiar-e-os-reflexos-da-lei-13-0582014/>>. Acesso em: 22 jan.2021.

RUGGIERO, Iane. *Como é a Guarda Compartilhada na prática?* Disponível em: < <https://ianeruggiero.jusbrasil.com.br/artigos/458934043/como-e-a-guarda-compartilhada-na-pratica>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos; MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. *Direito à convivência ampla sobrepõe-se à vontade do guardião*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/direito-convivencia-genitores-sobrepoe-vontades-guardiao#:~:text=O%20alienador%20n%C3%A3o%20consegue%20reconhecer,irrestritamente%20com%20o%20seu%20genitor>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

SILVA, Fernando Salzer e. *A questão da fixação do domicílio dos filhos na guarda compartilhada*. Disponível em: <<https://www.sedep.com.br/artigos/a-questao-da-fixacao-do-domicilio-dos-filhos-na-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 15 set.2020.

_____. *Guarda compartilhada, a regra legal do duplo domicílio dos filhos*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1524/Guarda+compartilhada%2C+a+regra+legal+do+duplo+domic%C3%ADlio+dos+filhos>>. Acesso em: 15 set. 2020.

SILVEIRA, Jessica Ziegler de Andrade. *A Proteção Integral e o Melhor Interesse da criança e do adolescente: uma abordagem à luz da Lei nº8.069/90*. 2015. 72f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>>. Acesso em: 07 out. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade parental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.