



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

GUARDA COMPARTILHADA E RELAÇÕES DE GÊNERO HIERARQUIZADAS

Bruna Nascimento Rodrigues da Silva

Rio de Janeiro
2019

BRUNA NASCIMENTO RODRIGUES DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA E RELAÇÕES DE GÊNERO HIERARQUIZADAS

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

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano

Maria Carolina C. de Amorim

Rio de Janeiro

2019

GUARDA COMPARTILHADA E RELAÇÕES DE GÊNERO HIERARQUIZADAS

Bruna Nascimento Rodrigues da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessora Jurídica do Ministério Público.

Resumo – O presente artigo se propõe a questionar a efetividade da guarda compartilhada considerando as relações de gênero estabelecidas através dos séculos entre homens e mulheres ocidentais. A discussão se põe tendo em vista a atual obrigatoriedade da aplicação do instituto, consoante a lei 13.058/14, a fim de verificar se a sua aplicação prática diverge da guarda unilateral e, deste modo, apresenta a efetividade desejada ou se é recurso inócuo como transformador social.

Palavras-chave – Gênero. Direito de Família. Parentalidade. Guarda Compartilhada.

Sumário – Introdução. 1. Origem da guarda compartilhada no direito brasileiro 2. Relações de gênero hierarquizadas e parentalidade. 3. A regra da guarda compartilhada e sua eficácia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a influência das relações de gênero hierarquizadas na aplicação do instituto da guarda compartilhada. Procura-se demonstrar que o mero advento de lei pode ser absolutamente ineficaz, a depender do relacionamento entre as mães, os pais e os filhos.

Para tanto, abordam-se questões doutrinárias e jurisprudenciais, e será realizada pesquisa quantitativa em casos de guarda compartilhada e unilateral, a fim de verificar a existência de pontos em comum e distinções na sua aplicabilidade de forma concreta.

Desde a Grécia Antiga, passando pelo cientificismo do Iluminismo que não repensou as relações, mas apenas buscou uma justificativa que tivesse fundo aparentemente racional, a sociedade ocidental tem deixado com as mulheres papéis determinados, como o cuidado dos filhos. Assim, os homens são tidos como os grandes provedores do sustento familiar e, deste modo, tornou-se naturalizada a guarda unilateral materna e a convivência paterna, em regra, quinzenal, no Brasil.

Essa desigualdade de obrigações vem sendo questionada ao longo dos anos, o que deu origem ao instituto da Guarda Compartilhada, nos termos das leis 11.698/08 e 13.058/14, que modificaram os dispositivos do Código Civil de 2002 sobre a guarda, responsabilizando igualmente pai e mãe sobre o cuidado com seus filhos.

Assim, a guarda compartilhada é atualmente a regra dentro do Direito de Família e a doutrina, de forma majoritária, dispõe o instituto deste modo. Essa pesquisa se propõe a reavaliar os efeitos dessa aplicação no exercício da parentalidade sobre os filhos.

Inicialmente, são apresentados os tipos de guarda existentes na história do Brasil e o contexto social no qual surgiu a guarda compartilhada, bem como no que consiste esse tipo de guarda.

Mais adiante, é analisada a hierarquização das relações de gênero ao longo da história ocidental, com destaque no que concerne ao exercício da parentalidade, através das Teorias Feministas do Direito das estudiosas Francis Olsen e Carol Smart.

Em seguida, há a discussão da eficácia da guarda compartilhada ante o contexto social, principalmente, por conta dos papéis de gênero, objetivando averiguar se a aplicação desse instituto como regra é elemento de transformação social ou se é indiferente a aplicação da guarda unilateral ou a aplicação da guarda compartilhada.

A pesquisa utiliza textos de conteúdo sociológico e jurídico para estabelecer os conceitos a serem abordados, além de legislação e jurisprudência, no método dialético, eis que se propõe a questionar um instituto recente e pouco problematizado.

Deste modo, a abordagem do objeto dessa pesquisa é quali-quantitativa valendo-se da bibliografia e de análise de dados a ser coletados ao longo da elaboração deste artigo.

Os dados referidos serão obtidos em ações de guarda e de alimentos da 1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Leopoldina, localizada na cidade do Rio de Janeiro, extraídos dos processos iniciados nos anos de 2016 a 2018, eis que, a partir de 2016, os processos passaram a ser ajuizados de forma eletrônica, o que facilita o acesso.

Cumprido salientar que, a princípio, a pesquisa catalogou, através do Módulo de Gestão de Processos do Ministério Público, todos os processos eletrônicos que foram recebidos pela mencionada Promotoria de Justiça nos meses de abril a julho e que havia interesse inicial de analisar não apenas as ações de guarda e regulamentação de visitas, como todas as ações de alimentos.

Contudo, devido à ausência de tempo hábil, eis que os processos de alimentos se somam numa totalidade em número duas ou três vezes maior do que as ações de guarda, esta pesquisa se restringiu aos processos em que a guarda foi decidida, sejam eles apenas de guarda e regulamentação de visitas, sejam ações de alimentos, divórcio ou dissolução de união estável.

Ressalte-se ainda que não foram coletados dados suficientes sobre ações de guarda decorrentes do término de relações homoafetivas para análise e comparação e, por isso, este estudo se deteve em relações cis gênero heterossexuais.

1. ORIGEM DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO:

O Direito Brasileiro teve uma origem de forte influência na colonização portuguesa que, nos tempos do Brasil Colônia, fez prevalecer as chamadas Ordenações, coletâneas de normas do direito vigente em Portugal. Assim, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigência em Portugal até a criação de seu Código Civil, em 1867.

Importante destacar a obra de Elina Guimarães¹ ao escrever sobre A Mulher Portuguesa na Legislação Civil, no que toca às Ordenações Filipinas, abaixo transcrita:

Pelas Ordenações, o poder paternal pertencia exclusivamente ao pai. A mãe apenas lhe estava praticamente associada, tendo direito à obediência e ao respeito de filho e tendo, quanto a ele, o dever de alimentos. Por morte do pai, o filho era considerado órfão e entregue ao tutor que o pai houvesse determinado em testamento. Fora deste caso, era habitualmente entregue à mãe ou à avó paterna ou materna, pelo juiz dos órfãos, mas como tutora e mediante complicadas formalidades relativas aos bens dos menores. Em caso de segundo casamento, essa tutela era retirada. Mais tarde, já no início do século XIX, o juiz dos órfãos foi substituído pelo conselho de família, composto por três parentes varões paternos e dois maternos. Este conselho podia conservar a tutela à mãe bínuba. A mãe “apartada do matrimônio”, viúva ou mãe ilegítima, tinha a obrigação de criar o filho de “leite somente” até à idade de 3 anos. Além desse prazo, as despesas do filho correriam pelos bens do pai ou do próprio filho (livro iv, título 99). A mesma regra se aplicava “se a mãe for de qualidade que com razão não deva criar seus filhos aos peitos”. Só na falta de bens do pai e do próprio menor é que a mãe era obrigada a pagar as despesas com o filho, corolário lógico da sua falta de direitos.

O primeiro Código Civil Brasileiro surgiu apenas em 1916, contudo já havia a intenção de codificação da lei civil desde a Primeira Constituição do Brasil, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824², conforme dispôs o artigo 179, inciso XVIII.

Com efeito, o instituto da guarda no Código Civil de 1916 era bem diverso do atual: apesar de o art. 231 dispor a guarda como dever de ambos os cônjuges, ele também afirmava,

¹ GUIMARÃES, Elina. *A Mulher Portuguesa na Legislação Civil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32353-38887-1-PB.pdf>> Acesso em 26 out. 2018

² “Art. 179, XVIII: ‘Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade’”. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

no art. 233, que o marido seria chefe da sociedade conjugal, assumindo a mulher uma função secundária, neste ponto similar às Ordenações Filipinas, conforme acima mencionado.

Além disso, o antigo Código Civil dispunha de critérios para determinação da guarda que, por exemplo, se apoiavam na culpa de um dos cônjuges pelo término do relacionamento entre mãe e pai ou até no sexo dos filhos: até o ano de 1962, no qual passou a vigor o Estatuto da Mulher Casada³, as filhas permaneciam com as mães, enquanto os filhos maiores de seis anos deveriam ser entregues à guarda do pai e mesmo após a Lei do Divórcio⁴, os menores deveriam permanecer com o cônjuge que não houvesse dado causa à separação judicial.

Apesar do advento da Constituição Federal de 1988⁵, que assegura, em seu artigo 5º, a igualdade entre homens e mulheres, bem como outros direitos das mulheres e com a posterior vinda do Código Civil de 2002⁶, algumas imposições acerca do direito de família ainda mantem a desigualdade entre mulheres e homens, como a presunção de paternidade do art. 1.598 do referido Código, que silencia a voz da mulher.

Entretanto, muitas outras foram questionadas e alteradas, principalmente a partir das leis que inseriram a guarda compartilhada, quais sejam lei 11.698 de 2008⁷ e lei 13.058 de 2014⁸, além de existirem dispositivos inovadores, dispendo sobre situações não cogitadas anteriormente, como o direito à visitação dos avós.

Assim, o novo Código Civil⁹, atualizado pelas leis citadas, dispôs acerca de dois tipos de guarda, quais sejam, guarda unilateral e guarda compartilhada, que são definidos da seguinte forma:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

³ BRASIL. *Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

⁴ BRASIL. *Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

⁷ BRASIL. *Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

De fato, é importante distinguir a guarda compartilhada da guarda alternada, construção doutrinária, que consiste, nas palavras de Maria Berenice Dias¹⁰, em “modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal”. Essa modalidade de guarda, além de não positivada, não foi bem aceita dentro do direito, pois a criança ou adolescente em questão não teria um lar de referência.

Assim, a guarda unilateral de um dos genitores e a visitação realizada pelo outro foram, durante algumas décadas, a regra dentro do Direito de Família Brasileiro e, dentro desse modelo, as mães se tornavam guardiãs dos filhos e os pais mantinham seu papel de provedor, pagando alimentos e realizando a visitação em alguns dias determinados dentro do mês.

A alteração legislativa surgiu dentro do contexto da discussão do papel dos genitores no cuidado com a prole, do qual é fruto o entendimento paradigmático do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.251.000-MG¹¹, que está presente no Informativo de Jurisprudência do STJ nº 481 de 2011:

GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA. RESIDÊNCIA. MENOR.

(...) Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação.

Urge salientar, no tocante à guarda compartilhada, que a diferença entre o disposto na Lei 11.698/2008 e a Lei 13.058/2014 é, basicamente, a obrigatoriedade do instituto: na primeira, a guarda era aplicada sempre que possível e, atualmente, o legislador determina o

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 886

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.251.000/MG*. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011> Acesso em: 27 jan. 2019.

compartilhamento mesmo quando não há acordo entre a mãe e o pai. Esta intenção aparece explicitamente na justificção do Projeto de Lei nº 1.009 de 2011¹²:

Mas a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer a guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada.

Neste ponto, é relevante observar que o instituto da Guarda Compartilhada pouco inovou juridicamente, sendo criado para corroborar o que já poderia ser deduzido das atribuições do Poder Familiar, que não se extinguem com o divórcio entre mãe e pai, e que já constavam tanto na Constituição Federal de 1988¹³ quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴.

Destaque-se que, mesmo com o deferimento de guarda unilateral, que atualmente é excepcional e combatido, a pessoa do par parental que não possui a guarda deve supervisionar o cuidado com os interesses dos filhos, conforme já estava na redação original do Código Civil de 2002 e consta expressamente no parágrafo 5º do art. 2º da Lei 13.058/2014, podendo, inclusive, solicitar prestação de contas ou outras informações concernentes a sua prole.

Em síntese, a Guarda Compartilhada se trata de mais um instituto jurídico que é justificado socialmente como instrumento para a garantia do desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes. No entanto, dentro das Teorias Feministas do Direito, teóricas como Frances Olsen e Carol Smart, por exemplo, conseguem observar que o Direito, enquanto ciência, foi criado dentro de concepções sexistas e hierarquizadas.

Essa visão de mundo, que preconiza o masculino e influencia tanto o legislador quanto as mães, os pais e os filhos envolvidos no litígio, traz consequências na aplicação e efetividade de todos os institutos jurídicos, inclusive a guarda compartilhada.

2. RELAÇÕES DE GÊNERO HIERARQUIZADAS E PARENTALIDADE

¹² BRASIL. *Projeto de Lei 1.009 de 12 de abril de 2011*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3630462&ts=1559243361927&disposition=inline>> Acesso em: 27 de jun. 2019

¹³ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

¹⁴ “Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

Num primeiro momento, é importante destacar que as relações sexistas de gênero envolvem hierarquia e poder.

Deste modo, conforme pode ser observado em estudos atuais sobre masculinidade como “A Produção Simultânea de Masculinidades Hegemônicas e Subalternas”, do norte-americano Michael S. Kimmel¹⁵, o feminino foi construído na sociedade ocidental como subalterno, o que vem depois daquele que é padrão, o masculino:

E, é claro, além disso, que desde a virada do século até hoje em dia, são as mulheres e os homens gays que têm servido como as visões clássicas da identidade de gênero subalterna. As mulheres e os homens gays são os outros clássicos, o pano de fundo contra o qual os homens brancos heterossexuais projetam as suas ansiedades de gênero e é sobre a emasculação destes que os *self-made men* constroem definições hegemônicas. As mulheres emasculam os homens representando o lar, a vida doméstica, a obrigação familiar, assim como uma carnalidade insaciável.

Essa construção de mundo dicotômica colocou o masculino juntamente com o viril, abstrato e racional, separando do feminino, concreto e emocional, porém não fez apenas isso: o masculino, bem como tudo que supostamente é inerente a ele, é o ponto de partida, a regra a partir da qual o feminino, que não só é diferente, como inferior, deve ser lido.

Como consequência desse conceito, o homem racional se tornou responsável por lidar com o social, público, eis que a racionalidade é ferramenta essencial para resolver as questões da vida em sociedade e a mulher, de modo geral, a mulher branca, foi limitada ao espaço privado, no qual a sua capacidade de lidar com as situações simples e concretas do cotidiano deveria prevalecer.

Uma das principais formas de restringir as mulheres a papéis domésticos determinados é a maternidade: até hoje, é visto como natural e quase uma “evolução” que a mulher se torne mãe, misturando a aptidão biológica de gerar vida com um dever-ser.

Neste ponto, Orna Donath¹⁶, em seu livro “Mães Arrependidas” expõe um interessante contraponto de mulheres que, seja por uma demanda social ou por vontade própria, se tornaram mães e afirmam que, se conhecessem as implicações decorrentes da maternidade, não teriam tido filhos, sendo uma dessas implicações, o cuidado com filhos, que é valorado de forma diversa na relação entre pai e sua prole:

¹⁵ KIMMEL, Michael S. A Produção Simultânea de Masculinidades Hegemônicas e Subalternas. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 4, n. 9, out. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v4n9/0104-7183-ha-4-9-0103.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2019, p. 116

¹⁶ DONATH, Orna. *Mães Arrependidas: uma outra visão da maternidade* [livro eletrônico]. Tradução Marina Vargas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, posição 2014.

Quando pais se afastam dos filhos, há pouca comoção pública e, de fato, muito mais pais deixam o lar depois da separação ou do divórcio do que mães. As mulheres que não moram com os filhos são marcadas e denunciadas ao mesmo tempo que são forçadas repetidas vezes a renúncias ao direito de serem chamadas de mães.

Importante destacar que, a depender de qual visão social e racial possua a análise, a dominação e a ausência de poder das mulheres é maior: mulheres negras são a maior força no mercado de trabalho doméstico no Brasil¹⁷, por exemplo, e majoritariamente, por sua condição social, sempre realizaram dupla jornada, trabalhando nos lares das mulheres brancas e nos próprios, tendo filhos ou não.

Assim, como apontou Cláudia Fonseca¹⁸, as mulheres pobres num geral, mesmo casadas, precisavam e ainda precisam trabalhar, em condições nas quais são obrigadas, por exemplo, há muitas décadas, a defender a sua dignidade sexual contra assédio.

Neste ponto, é relevante destacar trecho do artigo “Hierarquias Reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício dos direitos humanos pelas mulheres”¹⁹:

Os fatores principais, que perpassam transversalmente a pirâmide, são: raça, classe, geração, idade e parceria sexual. Assim, de um modo geral, pode-se dizer que a mulher que é não branca, que pertence a uma classe econômica baixa, é jovem ou bem mais velha e homossexual ou solteira, vive a maternidade com menos aceitação social e em piores condições – especialmente se comparadas às brancas, de classe média e alta, com idade entre vinte e 35 anos, e heterossexuais, de preferência com parceiros.

Como já mencionado, a figura masculina, principalmente pós Revolução Industrial, não tem uma associação imediata ao cuidado com os filhos senão no que concerne ao provimento da família: somente nos anos 1980 os estudos sobre masculinidade e sua influência na paternidade apareceram de forma mais consistente²⁰.

¹⁷ WENTZEL, Marina. *O que faz o Brasil ter a maior população de domésticas do mundo*.

Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43120953>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁸ FONSECA, Cláudia. Ser mulher, mãe e pobre. In: DEL PRIORE, Mary (org.), BASSANEZI, Carla (coord. de textos). *História das Mulheres no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Contexto, 2004.

¹⁹ MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. *Interface*, Botucatu, v. 16, n. 40, p. 107-120, Mar. 2012. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832012000100009&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 18 jan. 2019.

²⁰ SOUZA, Carmen Lúcia Carvalho de; BENETTI, Silvia Pereira da Cruz. Paternidade contemporânea: levantamento da produção acadêmica no período de 2000 a 2007. *Paidéia (Ribeirão Preto)*, Ribeirão Preto, v. 19, n. 42, p. 97-106, abr. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2009000100012&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 18 jan. 2019

No entanto, apesar da produção acadêmica em expansão, a prática do cuidado com os filhos ainda é mais atrelada à figura materna, conforme os dados que serão aferidos no próximo capítulo.

Importante ressaltar que as relações hierarquizadas de gênero influenciam a construção jurídica, como é possível perceber dos estudos de diversas teóricas feministas do direito, como Frances Olsen²¹. A estudiosa apresenta o pensamento liberal, que estrutura o sistema jurídico ocidental, como dualista, que contrapõe o feminino ao masculino numa relação hierarquizada, na qual o masculino é neutro, universal e abstrato, bem como o direito.

A partir dessas ideias, afirma que as estratégias feministas se dividem em três grandes grupos, sendo o primeiro aquele que rechaça a sexualização, ou seja, a definição daquilo que é masculino e daquilo que é feminino, no entanto, não discorda da hierarquização, o que quer dizer que os valores associados ao masculino, de acordo com essas teóricas, são, de fato, superiores. Assim, esse grupo entende que o direito não é abstrato e racional, apontando as desigualdades e exclusões e exigindo reformas legais.

O segundo rechaça a hierarquização, aceitando o conceito daquilo que é feminino como próprio mesmo das mulheres, porém rejeitando a ideia de que o emotivo, sensível e concreto seja inferior, estas apontam que o direito é abstrato e racional, contudo que a hierarquia desse sistema é uma forma de opressão patriarcal, sustentando que, para eliminar o patriarcado, não é suficiente uma reforma legal, devendo ser combatido o paradigma de poder masculino.

Por fim, o terceiro grupo rebate tanto a sexualização quanto a hierarquização, questionando essas categorias como estáticas, estando parcialmente em desacordo com ambas as teorias anteriores: não reconhecem o direito como masculino, porém concordam que é, de muitas formas, opressivo para as mulheres.

Neste ponto, a autora dispõe que o Direito de Família é exemplo de matéria jurídica, porém subjetiva, contextual e personalizada, diferente de outras áreas do direito, que são racionais e objetivas e que, por isso mesmo, é colocada na periferia do Direito, como se tivesse menos importância.

Já Carol Smart²², percebe não só a existência de gênero no Direito, que, por ser ciência entendida como racional, abstrata e neutra, vem sendo associada ao masculino, como também

²¹ OLSEN, Frances. *El Sexo Del Derecho*. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019

²² SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In. _____. *El Derecho del Genero y el Genero del Derecho*. Disponível em: <<http://derechopublico.pbworks.com/w/file/58932808/Carol%20Smart%20-%20El%20Derecho%20en%20el%20G%C3%A9nero%20y%20el%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho%20Pg%2031%20a%2072.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

a criação de gênero através do discurso jurídico, com a construção de uma identidade feminina uniforme e ideal, que não representa, de fato, todas as mulheres, mas que se contrapõe ao masculino hegemônico e de outras identidades femininas, ruins e que devem ser rechaçadas.

No que concerne especialmente às estratégias criadoras de gênero, faz referência a categoria de “mãe ruim”, que foi construída e penalizada desde o século XVII, na Inglaterra, associada, principalmente, às mães solteiras, consideradas perigosas por não corresponderem às expectativas sociais de maternidade.

Em seguida, a estudiosa percebe que este é o meio pelo qual se constrói a maternidade forçada, não apenas no sentido da concepção e nascimento, como dos cuidados maternos, e fortifica o conceito de família tradicional, com um pai provedor e uma mãe cuidadora.

Deste modo, tendo em vista os trabalhos de duas mulheres dentre as estudiosas do Feminismo dentro do Direito, que fizeram análises do sistema jurídico como um todo, e considerando a influência das relações hierarquizadas de gênero não só nas relações entre homens e mulheres ou mães, pais e prole, como também criação e interpretação de leis e normas jurídicas num geral, é possível questionar a eficiência e, principalmente, a efetividade, do instituto da Guarda Compartilhada, como será aprofundado adiante.

3. A REGRA DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFICÁCIA

Neste ponto, considerando que a guarda compartilhada, nos moldes da Lei 13.058/2014²³, foi criada com o inequívoco objetivo de equiparar a participação de mães e pais no cuidado e desenvolvimento de crianças, independente da relação do par parental, há de questionar se a lei em vigor possui efeitos práticos.

Aqui, é importante salientar que temos alguns exemplos de leis que, de fato, produzem efeito social, porém, em regra, são leis acompanhadas de algum tipo de sanção, como a Lei Seca²⁴ ou a Lei Maria da Penha²⁵, contudo, ainda nesses casos, não é possível afirmar que houve uma efetiva conscientização.

Assim, ao verificar que a lei de guarda compartilhada possui uma regra que não implica em sanção e muito menos em qualquer política pública de conscientização de mães e pais acerca

²³ BRASIL. *Lei nº 13.058* de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

²⁴ BRASIL, *Lei nº 11.705* de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

²⁵ BRASIL, *Lei nº 11.340* de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

do seu papel no cuidado, educação e desenvolvimento saudável dos filhos, é facilmente questionável a efetividade da lei e a diferença de efeitos ao ser comparada com o modelo de guarda unilateral.

Deste modo, a pesquisa abaixo, com dados da 1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Leopoldina, Rio de Janeiro/RJ, tem como objetivo demonstrar similaridades e diferenças entre a aplicação da guarda compartilhada e da guarda unilateral, comparando também com dados de ações cujo pedido principal não é a guarda, porém possuem decisão a este respeito:

Tabela 1: quantidade de ações referentes a guarda, abril a julho de 2018.

<i>Tipos de Ação</i>	<i>Autora (mulher)</i>	<i>Autor (homem)</i>	<i>Autoria Consensual</i>
Guarda	35	21	28
Regulamentação de Visitas	5	17	28
Divórcio	6	5	32
Alimentos	55	13	28
Outras	2	1	2

Fonte: 1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Leopoldina, Rio de Janeiro/RJ – abril a julho de 2018.

Tabela 2: domicílio das crianças ou adolescentes dos processos da tabela 1 após sentença.

<i>Domicílio da criança/adolescente</i>	<i>Guarda Unilateral</i>	<i>Guarda Compartilhada</i>	<i>% do total de ações com sentença</i>
Casa da mulher	38	126	93,7
Casa do homem	5	6	6,3

Fonte: 1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Leopoldina, Rio de Janeiro/RJ – abril a julho de 2018.

Os dados acima foram coletados apenas dos processos eletrônicos ajuizados entre 2016 e 2018 e que foram vistos nesta Promotoria de Justiça entre os meses de abril e julho de 2018, considerando a maior facilidade para coleta de informações dentro do sistema eletrônico.

Existiram algumas dificuldades para categorização que serão elencadas: nem todos os operadores do direito estão familiarizados com o instituto da guarda compartilhada, eis que ainda recente, portanto, em alguns processos, a guarda compartilhada foi confundida com a guarda alternada e, em outros, a questão da guarda foi totalmente omitida, apesar de determinado o local de domicílio do menor.

Por conta destes fatos e, considerando o estabelecimento da guarda compartilhada como regra, para fins de pesquisa, os processos em que não foi expressamente apontada a guarda unilateral de uma das partes foram colocados na tabela destinada à guarda compartilhada.

Urge salientar que esses números retratam a realidade do subúrbio da cidade do Rio de Janeiro, distante das discussões acadêmicas sobre feminismo, direito e parentalidade e, por isso mesmo, se tornam tão relevantes e que, possivelmente, numa pesquisa em região da cidade em que predomine outro perfil socioeconômico, o resultado seria diverso.

Destarte, é possível concluir, ao somar o número considerável de ações recebidas nestes quatro meses, que entre as ações de guarda unilateral e guarda compartilhada, a regra, independentemente da idade da criança, é de que as mães ou as figuras femininas num geral passem a maior parte dos dias dentro do mês com os filhos e de que sejam as representantes legais no ajuizamento de ações de alimentos.

Assim, por mais que as mães e os pais devam tomar decisões em conjunto, ainda hoje é a mãe que, no cotidiano, se responsabiliza pelo cuidado e, quando a mãe não pode assumir essa responsabilidade por algum motivo, geralmente, quem assume o seu lugar é outra figura feminina: tias, avós, madrinhas e irmãs assumem um número expressivo de ações de guarda, ao contrário de tios, avôs e padrinhos.

A naturalização da figura feminina no lugar do cuidado com os filhos é parte da estrutura de dominação masculina nas relações de gênero, conforme já apontado no capítulo anterior e dificilmente será transformada sem uma política pública de educação adequada, tanto de crianças e adolescentes, quanto de adultos que já são pais e mães, acerca das questões de gênero que perpassam as relações entre a prole, as mães e os pais e, principalmente, a necessidade de mudança de paradigma dos papéis de gênero.

Ora, tendo em vista que a responsabilização da mãe nas ações de guarda não se alterou e que, mesmo nos processos de guarda compartilhada, o domicílio da criança é, em regra, estabelecido com a progenitora, não há como se inferir o aumento da participação do pai na vida e desenvolvimento de sua prole e, deste modo, a transformação legislativa do instituto da guarda está condenada a ocorrer de maneira muito mais formal do que material.

No que concerne a pesquisa que gerou a tabela acima, é importante apontar que, entre as quatro ações ajuizadas pelo Núcleo Especial de Defesa dos Direitos da Mulher - NUDEM naquele interregno, em nenhuma delas questionado o contato do suposto agressor com a mulher e sua prole.

Neste ponto, importante trazer o contexto das mulheres em situação de violência acerca da guarda compartilhada, bem retratado na dissertação de mestrado de André Luiz Pereira de Oliveira²⁶, como é possível perceber nas falas de algumas mulheres entrevistadas:

Entrevistada 1 – “Eu já percebi isso. Eles querem competir. E, às vezes, quando eles ganham a guarda é uma forma de atingir a gente. Eu acho. Dessa forma eu acredito. Muitas já contaram isso. E eu também tô passando pela mesma situação”.

Entrevistada 2 – “Eu também estou com um problema de saúde. E aí ele foi mais rápido e ele fez isso exatamente para mostrar que era um bom pai, ele ofertou alimentos. Mas na verdade ele fez isso já para me prejudicar. E eu senti muita fragilidade de estar ali com ele num processo porque ele estava melhor preparado do que eu. Eu digo psicologicamente. Ele falou mentiras e eu não conseguia me defender, porque estava abalada”.

Entrevistada 3 – “O objetivo, o foco dele, era tirar os meninos de mim, para me atingir”.

É nítido, deste modo, que a guarda compartilhada pode gerar, mesmo que de forma indesejável, uma situação de conflito de poder em que, na verdade, não se transfere a obrigação de cuidado ao pai, porém autoriza seu veto e contestação às decisões da mãe, criando, inclusive, novas causas de litígio sobre assunto do cotidiano como a mudança de escola ou a inscrição em atividades extracurriculares.

Destaque-se que a preocupação do legislador com uma possível alienação parental, conforme disposto no capítulo anterior, não considerou os danos que podem ser causados nas situações em que existe essa relação hierarquizada de poder entre mulheres e homens.

Assim sendo, uma solução legislativa que não considera os fatores sociais e as medidas necessárias em termos de políticas públicas para que as relações de gênero se modifiquem e a prole tenha um apoio mais equilibrado de pais e mães ao longo da vida se torna insuficiente como fator de transformação.

²⁶ OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. “*Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!*”: violência doméstica e familiar e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 97-98. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/18401>> Acesso em: 17 mar. 2019

CONCLUSÃO

Conforme pôde ser percebido através da pesquisa, é necessário muito mais do que a criação de uma lei para que mulheres e homens se percebam como iguais sujeitos de direitos e deveres nas relações interfamiliares.

Deste modo, apesar de ser uma alteração legislativa recente, não há sinais de que as relações de poder hierarquizadas possam ser modificadas pela imposição da guarda compartilhada, principalmente porque não há modo coercitivo de atuação, tampouco política pública que auxilie a compreensão do instituto e de suas implicações.

De modo diverso, há duas consequências ruins e atreladas na aplicação da guarda compartilhada nos moldes da lei 13.058/2014: um ponto de eterno conflito entre um par parental que não mantém uma boa relação que pode gerar uma nova disputa de poder e a consequente judicialização destes conflitos através de eventuais pedidos de cumprimento de sentença.

Por conseguinte, numa sociedade em que a desigualdade de gênero é estrutural, consoante dispõe as diversas Teorias Feministas do Direito, leis como essa acentuam o domínio do homem no campo social que a mulher entende como seu e, enquanto os papéis de mãe e pai não tiverem sua lógica hierárquica subvertida, isso assim prosseguirá.

É possível concluir que a ausência de iniciativas de cunho social que visem trazer a reflexão a mães e pais torna a aplicação da lei da guarda compartilhada inócua em termos sociais, não havendo diferença entre a efetividade deste instituto e a guarda unilateral anteriormente aplicada como regra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

_____. *Lei nº 8.069* de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

_____. *Lei nº 11.340* de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

_____. *Lei nº 11.705* de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm> Acesso em: 17 fev. 2019

_____. *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: 17 fev. 2019

_____. *Projeto de Lei 1.009* de 12 de abril de 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3630462&ts=1559243361927&disposition=inline>> Acesso em: 27 de jun. 2019

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DONATH, Orna. *Mães Arrepentidas: uma outra visão da maternidade* [livro eletrônico]. Tradução Marina Vargas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

FONSECA, Cláudia. Ser mulher, mãe e pobre. In: DEL PRIORE, Mary (org.), BASSANEZI, Carla (coord. de textos). *História das Mulheres no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

GUIMARÃES, Elina. *A Mulher Portuguesa na Legislação Civil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32353-38887-1-PB.pdf>> Acesso em 26 out. 2018

KIMMEL, Michael S. A Produção Simultânea de Masculinidades Hegemônicas e Subalternas. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 4, n. 9, p. 103-117, out. 1998.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. *Interface*, Botucatu , v. 16, n. 40, p. 107-120, mar. 2012.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. “*Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!*”: violência doméstica e familiar e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. 2015. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

OLSEN, Frances. *El Sexo Del Derecho*. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>> Acesso em 18 jan. 2019

SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso jurídico. In. SMART, Carol. *El Derecho del Genero y el Genero del Derecho*. Disponível em: <<http://derechopublico.pbworks.com/w/file/58932808/Carol%20Smart%20-%20El%20Derecho%20en%20el%20G%C3%A9nero%20y%20el%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho%20Pg%2031%20a%2072.pdf>> Acesso em 18 jan. 2018

SOUZA, Carmen Lúcia Carvalho de; BENETTI, Silvia Pereira da Cruz. Paternidade contemporânea: levantamento da produção acadêmica no período de 2000 a 2007. *Paidéia*, Ribeirão Preto , v. 19, n. 42, p. 97-106, abr. 2009 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2009000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 jan. 2019