



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

ALINE ALVES MELO

EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ARACAJU
2020

M528e

MELO, Aline Alves

EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DA GUARDA
COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO / Aline Alves Melo; Aracaju, 2020. 18p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof^a. Ma. Roberta Hora Arcieri Barreto.

1. Guarda compartilhada 2. Alienação Parental 3.
Jurisprudência 4. Divórcio.

347.7;347.232.8(813.7)

¹ Aline Alyes Melo

Evolução da concepção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Monografia apresentada à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no período de 2020.1.

Aproyado (a) com média: 10,0

Roberta Hora Arcieri Barreto

Orientadora – Roberta Hora Arcieri Barreto

2º Examinadora - Antonina Gallotti Lima Leão

3º Examinador - Robson Luiz de Melo Souza

Aracaju (SE), 16 de junho de 2020.

EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

Aline Alves Melo

RESUMO

Existe uma mudança de paradigma em relação a aplicação da guarda compartilhada pelo judiciário brasileiro? Apesar de ser considerada regra nos dias de hoje, cabe observar se o sistema da guarda compartilhada é aplicável a todos os casos de separação conjugal. O presente trabalho teve como objeto principal o estudo da evolução da concepção jurídica de Guarda Compartilhada no Brasil. Para isso, verificou-se a evolução da concepção de guarda compartilhada pelos legisladores e pela jurisprudência; observou-se consequências relativas à alienação parental e a necessidade de dissociar conjugalidade de parentalidade; e analisou-se jurisprudências para constatar sua evolução no que diz respeito à constante mudança de concepção da importância do compartilhamento da convivência de ambos os pais para os filhos. Para alcançar os fins pretendidos neste trabalho foi realizada uma abordagem qualitativa e quantitativa do problema, sendo a pesquisa de natureza exploratória, utilizando-se do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica, documental e de dados estatísticos, através da análise de doutrinas, legislações, jurisprudências e demais textos relacionados ao tema para analisar de forma prática, real e atualizada a evolução da concepção do tema pelo meio jurídico. Com efeito, foi possível observar a existência de certa dissonância entre os argumentos utilizados para se negar a aplicação da guarda compartilhada pela jurisprudência e Tribunais, e os trabalhos e pesquisas desenvolvidos pelas ciências humanas sobre o tema, principalmente quando usamos da interdisciplinaridade com ramos da psicologia e sociologia que colaboram com resultados que apontam as consequências da alienação parental. Os estudos apresentados ao longo do trabalho apontaram que no contexto contemporâneo é preciso desmembrar conjugalidade e parentalidade. Para tanto, o Estado, através de legislações específicas e jurisprudências uniformizadas, deve procurar intervir positivamente nessas relações uniformizando o entendimento das jurisprudências no sentido de procurar o melhor caminho para analisar cada caso e adequar a melhor forma de convívio e assistência entre pais e filhos em suas vidas pós-divórcio.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Alienação Parental. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

Observando o contexto social em relação ao aumento do número de divórcios no Brasil, é flagrante a necessidade do aumento também de estudos sociológicos, psicológicos e jurídicos do impacto que este fato social causa na criação e interpretação de leis que visam atender às demandas litigiosas consecutivas a essa mudança nos costumes matrimoniais.

Não se pode estudar isoladamente do contexto social o direito, pois este evolui para tentar atender as demandas da sociedade, analisando o fato social como uma de suas principais

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Profª. Ma. Roberta Hora Arcieri Barreto

fontes transformadora. Desta forma, observa-se a necessidade de intervenção do Estado nas relações pessoais e familiares com o objetivo de garantir aos filhos a autoridade parental de ambos os pais fazendo destes responsáveis e participantes na condução material, moral e educacional da formação dos seus filhos.

Então, diante da imprescindibilidade de se verificar a eficácia técnica da lei de Guarda Compartilhada, uma real mudança jurídica que promova sua aplicabilidade e a busca pela primazia do bem estar dos filhos após o divórcio dos pais, este trabalho teve como objetivo principal o estudo da evolução da concepção jurídica de Guarda Compartilhada no Brasil. Para esta verificação, teve-se como objetivos específicos: Analisar a evolução da concepção de guarda compartilhada pelos legisladores e pela jurisprudência; Observar com o auxílio da interdisciplinaridade com a psicologia, as consequências da alienação parental e a necessidade de dissociar conjugalidade de parentalidade; Comparar jurisprudências para verificar sua evolução, no que diz respeito à constante mudança de concepção da importância do compartilhamento da convivência de ambos os pais para os filhos, principalmente após uma separação conjugal.

Para alcançar os objetivos e defender a possível mudança de paradigmas nas determinações de guarda compartilhada pelo judiciário brasileiro foi realizada uma abordagem qualitativa e quantitativa do problema, sendo a pesquisa de natureza exploratória. Utilizou-se do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica, documental e estatística, por meio da análise de doutrinas, legislações, jurisprudências e demais textos relacionados ao tema para avaliar de forma prática, real e atualizada a evolução da concepção do tema pelo meio jurídico.

Desde o início foi possível observar a existência de certa dissonância entre os argumentos utilizados para se negar a aplicação da guarda compartilhada e os resultados de trabalhos e pesquisas desenvolvidos pelas ciências humanas sobre o tema, ou seja, julgados e justificativas alegadas em muitos acórdãos, levam mais em consideração visões individuais que seja moralmente aceitas e facilmente aplicável, que o uso da hermenêutica jurídica das leis vigentes.

As informações e dados apresentados ao longo do trabalho levarão à conclusão da necessidade de se desmembrar conjugalidade (relação conjugal entre os pais) e parentalidade (relação parental entre pais e filhos), na busca da primazia do interesse da criança, do cuidado com a formação do indivíduo e da necessidade de evitar o sofrimento infantil. Para tanto o Estado, por meio de legislações específicas e jurisprudências uniformizadas, deve procurar intervir positivamente nessas relações promovendo assistência interdisciplinar às famílias nesse

momento de readaptação da convivência entre os pais e entre pais e filhos durante o pós-divórcio.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA

Pode-se observar uma visão histórica sucinta e didática da evolução do direito de família no tocante à Proteção dos Filhos, trazida por Dias (2016). Inicialmente ela expõe que o Código Civil de 1916 levava em consideração a inocência do cônjuge no momento do desquite para determinar quem ficaria com os filhos menores, demonstrando assim um claro viés punitivo em relação aos pais. Esse intuito de privilegiar o cônjuge inocente não muda com a Lei do Divórcio, que apenas faculta ao juiz decidir diversamente, não importando muito o interesse dos filhos.

Já com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou através do princípio da igualdade que homem e mulher detivessem os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, em seu Artigo 226, §5º, pôde-se notar significativo reflexo no poder familiar (BRASIL, 1988). Mais tarde, em 24 de setembro de 1990, o Governo brasileiro ratificou a Convenção sobre Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990.

Consta no artigo terceiro deste documento que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança e que os Estados Partes se comprometem a assegurar proteção e cuidado à criança, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas (BRASIL, 1990). Tais medidas já vigoravam com a Lei Nº 8.069 de 1990, que dispusera sobre o Estatuto da Criança e Adolescente e promovia uma mudança dos parâmetros prioritários no que concerne ao interesse dos filhos menores de idade, transformando-os em sujeitos de direito (BRASIL, 1990). Esta Lei em seu artigo terceiro deixa bem claro que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Com isso, o Código Civil de 2002 incorporou o princípio da primazia do interesse da criança e do adolescente ditado tanto pela Convenção dos Direitos da Criança quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu título de “Proteção da pessoa dos filhos”,

tentando de forma simples estabelecer algumas diretrizes com o regime de visitas dentro da guarda unipessoal (BRASIL, 2002).

Contudo, com o aumento do ingresso da mulher no mercado de trabalho e principalmente com a participação mais efetiva dos pais na criação dos filhos se fez necessária a criação de legislação específica que regulamentasse o sistema de guarda compartilhada cada vez mais reivindicado principalmente após os divórcios, que também aumentaram em consequência da maior independência financeira das mulheres.

No Brasil, a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada, alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para instituir e regulamentar a guarda compartilhada (BRASIL, 2008), levando em consideração mais uma vez princípios incorporados ao ordenamento brasileiro pela Convenção de Direitos da Criança da qual o Brasil é signatário. O artigo 18 deste documento determina que: “Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança” (BRASIL, 1990).

Porém, em consequência da flagrante disputa pelos filhos, na qual os pais muitas vezes utilizam de graves ofensas morais uns aos outros e na presença das crianças, identificou-se por diversos estudos feitos pelo ramo da psicologia, que prejuízos emocionais poderiam advir dessa disputa. Não podendo ser tratado de forma secundária pelo Estado, diante dessa percepção fora criada em 2010 a Lei 12.318, Lei da Alienação Parental, visando definir, identificar e coibir atos danosos à formação psicológica da criança e do adolescente que é atingido pelo divórcio dos seus pais de forma tão avassaladora (BRASIL, 2010).

Ainda com o intuito de aperfeiçoar o novo instituto utilizado, em 2014, a Lei 13.058 passou a estabelecer que as condições fáticas e os interesses dos filhos são fatores determinantes para a promoção de uma equilibrada custódia física dos mesmos, procurando-se assim dividir de forma equânime o tempo de convívio destes com ambos os pais (BRASIL, 2014).

Diante da evolução legislativa, infere-se uma constata tentativa de adequar as leis às necessidades sociais visando uma melhor adaptação dos filhos à nova condição, cada vez mais frequente, de convivência familiar pós-divórcio, procurando, principalmente, diminuir os impactos psicológicos sofridos por todos nesta nova realidade de composição familiar.

3 DISSONÂNCIAS SOBRE A CONCEPÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Quando as mudanças no ordenamento brasileiro começaram a acontecer no sentido de valorizar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, e esses direitos também começaram a ser tratados com prioridade, iniciou-se uma crescente ascensão da Psicologia Jurídica no Brasil. Levando em consideração a reflexão sobre assuntos emergentes na área de interface entre a Psicologia e o Direito de Família. Essa ainda é uma área em expansão, que exige a atualização dos profissionais que nela atuam. A partir de então, passou-se a considerar uma nova e crescente demanda no Direito de Família: a guarda compartilhada e a Síndrome de Alienação Parental (SAP).

No Código Civil de 2002, o Art. 1.584 dizia que: “Nos casos de separação consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Em não havendo acordo, a guarda será atribuída àquele que reunir melhores condições para exercê-la, o que não implica melhores condições econômicas ou materiais” (BRASIL, 2002). Inferindo-se assim que, apesar do poder familiar ser mantido por ambos os pais, somente o que detivesse a guarda tomaria as decisões referentes à criação do filho.

Contudo, em junho de 2008, fora sancionado pelo Presidente da República o projeto de Lei nº 11.698, que previa a inclusão da Guarda Compartilhada na legislação brasileira (BRASIL, 2008) sinalizando a necessidade de detalhar, explicar, exemplificar e unificar o entendimento geral sobre o instituto em questão. Entretanto, é importante buscar nas origens do instituto da guarda compartilhada a compreensão do mesmo para dirimir ao máximo os conflitos e a dissonância de entendimento sobre o assunto.

Na década de 1960 “O sistema inglês da *commom law* objetivou romper a tendência de deferir a guarda exclusiva para a figura materna, visando ao compartilhamento dos direitos e das obrigações com os filhos entre os genitores” (LAGO; BANDEIRA, 2009, p. 292). Na década seguinte isto começou a ser adotado na França e pouco tempo depois nos Estados Unidos, onde então o instituto ganhou novas e grandes proporções.

Segundo Lago e Bandeira (2009) nos Estados Unidos a Guarda Compartilhada divide-se em jurídica (na qual se divide os direitos e deveres) e física (na qual se divide os direitos, deveres e domicílio) (LAGO; BANDEIRA, 2009). No entanto essa divisão trouxe certa dissonância ao entendimento do instituto aqui no Brasil, quando se passa erroneamente, a confundir guarda compartilhada com guarda alternada que, não obstante, são conceitos diferentes.

Muitos profissionais posicionam-se contrariamente a esse instituto por entenderem que a alternância de lares é prejudicial ao desenvolvimento das crianças. A guarda alternada traz “a possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, com divisões de

tempo que podem variar de dias a anos alternados. A guarda compartilhada não implica alternância de lares, e sim uma co-responsabilização de dever familiar entre os pais” (LAGO; BANDEIRA, 2009, p. 293). Daí passou-se a interpretar que a guarda compartilhada não poderia ser aplicável a todos os casos de separação conjugal, isto que em alguns casos essa possibilidade traria muito mais prejuízos que benefícios aos filhos.

Como bem coloca Dias (2016), o rompimento do vínculo conjugal dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada deve ser afetado. O poder familiar é indisponível. A ‘posse do filho’ transcende a simples presença física no domicílio de um dos pais. O fato de o filho residir com um não significa que o outro fora punido com a perda de sua guarda. É como se o instituto de guarda colocasse o filho muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito (DIAS, 2016).

Com a separação conjugal, o divórcio e a determinação da guarda unilateral é facilmente observado o abandono de um dos pais, o não guardião. A ausência de um dos pais na estruturação psíquica dos filhos pode trazer consequências graves à formação escolar por exemplo. É de suma importância que a criança conviva com ambos os pais, para que construa uma relação e principalmente, forme por si mesma uma imagem de cada um de seus genitores, e não seja vítima da alienação parental.

Geralmente quando não é possibilitada uma convivência mais assídua com um dos genitores, a imagem do progenitor que não detém a guarda é formada com a interferência daquele que a detém. Caso os conflitos pré e pós-divórcio sejam nocivos ao amadurecimento da conscientização da diferença existente entre conjugalidade e parentalidade a criança ou adolescente que estiver em meio a esse “campo de batalhas” será influenciada muitas vezes por sentimentos de rancor e desavenças conjugais existentes. Esses sentimentos de amargura podem trazer sérias consequências para o desenvolvimento das crianças. O fenômeno da Síndrome de Alienação Parental (SAP) tem sido comumente visto no contexto de disputas de guarda.

“O assunto é recente na literatura brasileira e é desconhecido por parte dos profissionais que trabalham com o Direito de família” (LAGO; BANDEIRA, 2009, p. 294). Sendo assim é flagrante a necessidade de que os psicólogos conheçam a SAP, a fim de identificar suas características em um processo de disputa judicial e em conjunto com o judiciário intervenham de forma a amenizar as consequências da mesma.

O termo Síndrome de Alienação Parental foi criado pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner. [...], que definiu então a SAP como o processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa. (...) Gardner (2002) aponta ainda que a SAP se caracteriza pelo fato de o alienador programar o filho para denegrir a imagem do outro genitor e pelas contribuições

criadas pela própria criança, que sustentam essa desmoralização do genitor alienado. Sem essa contribuição da criança, não é possível falar em SAP, pois a mesma só se estabelece mediante a complementaridade entre destruição da imagem pelo genitor e pelo próprio filho, ainda que influenciado pelo primeiro. (LAGO; BANDEIRA, 2009, p. 294).

É importante destacar que se fala em caluniar o outro, ou seja, de que o genitor alienado não possua comportamentos tão depreciáveis. O alienante, por raiva, vingança, ciúmes provoca na vítima uma imagem distorcida do alienado para que este seja considerado um vilão, invasor que deve ser afastado a qualquer custo, provocando assim um rompimento do vínculo afetivo entre alienado e vítima. Dessa forma estabelece-se um pacto de lealdade entre a vítima e o alienante em função da dependência emocional e material, que faz com que o filho demonstre medo em desagradar ou em opor-se ao genitor guardião.

O termo síndrome é utilizado justamente por se tratar de um conjunto de sintomas desenvolvidos pelas vítimas desses processos. O filho passa a sentir ódio pelo genitor alienado e certa animosidade por tudo que diz respeito a ele, como à família dele, por exemplo, e realmente acredita que ninguém o influenciou para isso.

É importante observar que se trata de abuso emocional o que o genitor alienante faz com a vítima, principalmente quando se promove a rejeição de um pai ou mãe que ama seu filho e tem condições e vontade de participar da educação e formação dele. A SAP pode provocar um rompimento definitivo do vínculo parental entre os envolvidos passando o alienado a ser um verdadeiro estranho ou inimigo da vítima, privando-a assim de todos os benefícios que a convivência parental poderia lhe trazer.

A SAP pode gerar efeitos em suas vítimas, como: depressão crônica, incapacidade de adaptação social, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, tendência ao uso de álcool e drogas quando adultas e, às vezes, suicídio. Podem também ocorrer sentimentos incontroláveis de culpa quando a criança se torna adulta e percebe que foi cúmplice inconsciente de uma grande injustiça quanto ao genitor alienado. (LAGO; BANDEIRA, 2009, p. 295).

O diagnóstico da SAP é necessário para que se busquem alternativas e tratamentos para os envolvidos. É preciso tratar a psicopatologia do genitor alienador, visivelmente prejudicado em razão de suas atitudes para com o filho. Buscar a reconstrução do vínculo entre filho e genitor alienado e a redução dos danos causados em razão do rompimento desse vínculo.

O divórcio não pode significar a separação entre pais e filhos, o princípio da dignidade da pessoa humana garante ao filho a convivência com seus pais, visto que esse é um ser em formação e não pode ter cerceado seu direito de família pela cessação da convivência entre seus

pais, sob pena de comprometimento do seu desenvolvimento emocional. A criança tem o direito a usufruir das duas influências e não deve ser obrigada a escolher entre um dos dois, pois isso seria uma escolha dramática e traumática. Deve-se pensar o direito à guarda como o direito à continuidade de contato, de convivência e ao compartilhamento recíproco da formação dos filhos.

A Lei da Guarda Compartilhada é relativamente recente no nosso ordenamento: ela foi instituída em 2008 e provocou uma mudança radical no modelo de guarda do direito brasileiro que até então era predominantemente unilateral ficando, geralmente, com a mãe a responsabilidade da guarda dos filhos. Esse paradigma é muito difícil de ser quebrado, pois tem-se apenas 12 anos de lei diante de todo um passado no qual caberia somente à mulher os cuidados com os filhos.

Esse papel era estritamente da mulher na família, cabendo ao homem prover seu sustento, o que refletiu em décadas de decisões nas quais os pais deveriam ajudar financeiramente na criação dos filhos, desobrigando-os de qualquer contato ou convivência. Com o advento da referida Lei os institutos preferenciais se inverteram, a guarda compartilhada somente não deve ser escolhida se, para o melhor interesse dos filhos, seja recomendada a unilateral.

A guarda compartilhada assegura aos filhos acesso livre aos pais e “[...] tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou corresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais” (LÔBO, 2011, p. 200). Nessa modalidade, ainda que separados, os pais exercem o poder familiar de maneira solidária e responsável, sendo-lhes assegurado o direito à convivência com seus filhos, não restringindo assim os contatos somente aos fins de semana ou feriados, e promovendo a convivência cotidiana, desfavorecendo assim a alienação parental tão flagrante na modalidade de guarda unilateral.

Mesmo à distância, a guarda compartilhada e o acesso afetivo são sim possíveis através das tecnologias disponíveis, favorecendo tanto a comunicação entre pais e filhos como entre os pais. Chamadas de vídeo, ligações e trocas de mensagens e vídeos dos acontecimentos cotidianos, sem imposição de horários ou dias pré-determinados promovem a convivência e a tomada de decisões sobre importantes fatos da vida dos filhos, rompendo a barreira do distanciamento físico e contribuindo para a formação afetiva e cognitiva dos mesmos.

Entretanto, quando os pais não se entendem sobre a efetivação do compartilhamento da guarda dos filhos o juiz de família deve procurar assessoramento multidisciplinar para fundamentar suas decisões em orientação técnica. A tomada de decisões mais acertadas devem considerar o histórico do casal, as disputas do divórcio, o temperamento dos pais, a idade dos

filhos e o exercício da co-parentalidade, como os pais conseguiam distinguir a parentalidade (relação parental entre pais e filhos) da conjugalidade (relação conjugal entre os pais).

Percebe-se que é uma decisão muito complexa. É de grande valia que o judiciário possa contar com uma equipe interdisciplinar de psicólogos que colabore com essas avaliações, dispondo de relatórios, terapia e acompanhamento psicológicos entre os pais e entre os pais e filhos para a melhor adaptação de todos à nova rotina. Sobre o que se pondera que cada caso deve ser analisado em sua peculiaridade, não se deve adotar como regra ou muito menos desprezar a opção da guarda compartilhada, mas sim estudar formas de adequar a melhor forma de convívio e assistência entre pais e filhos em suas vidas pós-divórcio.

4 A EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Mesmo diante da evolução legislativa na tentativa de minimizar os danos sofridos pelos filhos quando da separação conjugal dos pais, existe certa dissonância no tocante à aplicabilidade efetiva do instituto da Guarda Compartilhada. É muito recente a mudança legislativa em detrimento à prática consolidada de, após o divórcio, o filho menor ficar sob a guarda unilateral da mãe. Contudo, o novo ordenamento prioriza na guarda compartilhada que os genitores não conviventes participem ambos da convivência com seus filhos.

Para se ter parâmetro para a análise desta evolução foram considerados dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre divórcios concedidos em 1ª instância a casais com filhos menores de idade, por responsável pela guarda dos filhos. Os dados foram avaliados nos períodos entre 2002 e 2008 – quando, respectivamente, o Código Civil de 2002 incorporou o princípio da primazia do interesse da criança e do adolescente ditado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – e a partir da atualização de 2008, quando entrou em vigor a Lei Federal nº 11698/08, que regulamenta a aplicação da guarda compartilhada (Tabela 1).

Tabela 1 - Divórcios concedidos em 1ª Instância entre 2002 e 2008- Determinação judicial de guarda dos filhos menores

Anos	Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade					
	Total	Responsáveis pela guarda dos filhos				
		Marido	Mulher	Ambos os cônjuges	Outro	Sem declaração
2002	73.877	4.291	66.268	2.011	979	328
2003	73.516	4.451	65.942	1.973	910	240

2004	67.201	4.149	60.260	1.809	825	158
2005	73.817	4.469	66.094	2.130	913	211
2006	76.028	4.673	67.835	2.310	918	292
2007	74.880	4.557	66.794	2.384	831	314
2008	73.909	4.334	65.682	2.700	802	391
2002-2008	513.228	30.924	458.875	15.317	6.178	1.934

Fonte: Adaptado de IBGE (2019).

Observa-se que após a vigência do Código Civil de 2002, no qual seu título de “Proteção da pessoa dos filhos” tenta de forma simples estabelecer algumas diretrizes com o regime de visitas dentro da guarda unipessoal, até 2008 não se teve qualquer mudança significativa na quantidade determinações judiciais da Guarda Compartilhada (BRASIL, 2002).

É notório que há a prevalência da guarda unilateral na pessoa da mãe, refletindo o costume arraigado tanto na sociedade como um todo quanto também no judiciário (que não deixa de refletir os costumes sociais, visto que se trata de parcela da sociedade). Tem-se uma proporção nesse período de 89,4% das determinações judiciais de guarda unipessoal para a mulher contra 6% de guarda unipessoal para o homem e 3% de guarda compartilhada.

Buscando algumas jurisprudências de tribunais à época da criação da Lei de Guarda Compartilhada podem-se observar os entendimentos contrários ao instituto e por vezes até críticas ao mesmo nas fundamentações negatórias do compartilhamento como, por exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilhada está prevista nos Arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70025244955, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008, Publicado em 01/10/2008). (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Na grande maioria dos julgados analisados entre os anos de 2002 e 2008 o pedido de guarda compartilhada fora negado por causa da relação litigiosa entre o ex-casal, sendo possível observar que a falta de acordo entre os pais foi, sem dúvida, o principal motivo de impedimento para a aplicação da guarda compartilhada. Como já dito anteriormente, equiparando-se a

separação conjugal à parental, assim ocorrendo a primeira, a segunda era vista como inevitável. Os prejuízos emocionais que poderiam advir dessa disputa eram inequívocos.

Durante a pesquisa, observaram-se ainda outras situações consideradas inapropriadas pelos julgadores em suas fundamentações para a não aplicação da guarda compartilhada, como a inexistência de motivo e/ou conduta desabonadora do guardião; mudança de rotina da criança; moradias distantes; crianças de tenra idade; conflitos no exercício da guarda compartilhada; ampliação de visitas no lugar da guarda compartilhada.

Em dissonância com esses argumentos crescia a quantidade de estudos e resultados de trabalhos e pesquisas desenvolvidos pelas ciências humanas que constataavam ser uma injustiça privar os filhos da convivência com seus pais. Com a promulgação da Lei da Guarda Compartilhada em 2008, que impõe a convivência com ambos os genitores como regra, percebe-se um sensível aumento das decisões favoráveis ao compartilhamento da guarda (Tabela 2). Contudo, devido a ainda constante dissonância de julgados e em busca de maior segurança jurídica, em 23 de agosto de 2011 o Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicou o informativo nº 0481 que dizia o seguinte:

A guarda compartilhada (Art. 1.583, § 1º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial. 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. REsp 1.251.000-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/8/2011. (BRASIL, 2011).

Como se pode identificar na Tabela 2, o número de divórcios a partir de 2011 deu um salto: tinha-se uma média no Brasil, desde 2002 (período analisado), que girava em torno de 70.000 (setenta mil) por ano. Esse número mais que dobrou nos anos seguintes, alcançando patamares de mais de 150.000 (cento e cinquenta mil) a partir de 2009 (IBGE, 2019).

Em decorrência do grande aumento do número de divórcios, aumentaram também o de estudos referentes à SAP e consequências da guarda compartilhada, constatando-se a necessidade do Estado garantir a autoridade parental de ambos os pais. Já entre os anos de 2011 e 2013, o número de determinações de guarda compartilhada era, em média, 8.780 por ano, demonstrando o crescimento proporcional ao aumento do número de divórcios, não refletindo assim uma mudança na concepção jurisprudencial.

Tabela 2 - Divórcios concedidos em 1ª Instância entre 2009 e 2018- Determinação judicial de guarda dos filhos menores

Ano	Divórcios concedidos em 1ª instância, a casais com filhos menores de idade					
	Total	Responsáveis pela guarda dos filhos				
		Marido	Mulher	Ambos os cônjuges	Outro	Sem declaração
2009	65.906	3.862	57.759	3.096	785	404
2010	89.425	5.011	78.055	4.934	981	444
2011	148.367	7.913	130.032	8.042	1.575	805
2012	146.766	7.885	127.849	8.737	1.499	796
2013	139.627	7.224	120.464	9.560	1.419	960
2014	146.898	8.069	124.951	11.040	1.438	1.400
2015	141.118	7.402	111.712	18.238	1.348	2.418
2016	146.982	7.256	109.360	24.834	1.577	3.955
2017	158.161	7.521	109.745	33.024	1.699	6.172
2018	166.523	7.115	108.913	40.553	1.837	8.105
2009-2018	1.349.773	69.258	1.078.840	162.058	14.158	25.459

Fonte: Adaptado de IBGE, 2019

Entre 2014 (ano da promulgação da Lei que determina a Guarda Compartilhada como regra) e 2016, observa-se uma constância no número de divórcios, porém um aumento significativo das determinações judiciais de guarda a ambos os cônjuges, passando de uma média de 8.780 por ano para 18.037 anuais. Contudo, após 2017, não obstante tenha havido um sensível aumento no número de divórcios, dobrou o número de determinações judiciais já em 1ª instância pela Guarda Compartilhada, que passou de 18.037 para 36.788 por ano.

O reflexo da mudança legislativa de 2014 determina a guarda compartilhada como regra nas decisões judiciais. E ainda mais a partir de 2016, quando da publicação de um outro informativo do STJ, o Informativo nº 0595, pertinente ao tema, que destaca: “A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado, prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial” (BRASIL, 2016), ou seja, excetuando-se apenas

nos casos de manifesto desinteresse de um dos pais, a guarda compartilhada só deve ser negada quando da incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar, e isto deve ser decretado judicialmente.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBDFAM (2017), para o STJ, o compartilhamento da guarda do filho entre os ex-cônjuges independem da convivência amigável entre os mesmos, decisão esta que se justifica pela prioridade do interesse da criança e do adolescente (IBDFAM, 2017). O Tribunal entende que o convívio do filho com ambos os genitores é a regra, independentemente do fato de haver clima hostil entre os adultos - salvo diante da comprovação de absoluta inviabilidade. Conforme diligências dos ministros é tarefa do juiz da causa estabelecer as regras e determinar eventuais punições caso haja descumprimento dos termos previamente costurados.

Ante os esforços legislativos e judiciais para o aumento gradual da Guarda Compartilhada, pôde-se constatar um aumento na adesão desse novo instituto, que antes da Lei nº 11.698 era de 3% entre as concessões na 1ª Instância e passou a 13 % após a lei e todos os debates e consolidações judiciais seguintes, o que demonstra uma notável mudança de entendimento judicial.

Na crescente concepção da preferência pelo convívio dos filhos com ambos os pais mesmo após o divórcio, a jurisprudência passa a fundamentar suas decisões favoráveis à guarda compartilhada argumentando que, embora possa demandar uma maior organização por parte dos genitores e da própria criança, é a que melhor atende aos interesses da menor e que a criança não pode ser privada do convívio de ambos.

Nesse sentido, “a guarda compartilhada pode representar uma medida facilitadora para o convívio familiar, assegurando vínculos mais estáveis da criança com ambos os pais, além de favorecer a igualdade de deveres e direitos dos genitores” (BRITO E GONSALVES, 2013, p. 302). Deve ser perseguida pelo Estado e pela sociedade nem que para tal o judiciário juntamente com uma equipe multidisciplinar de psicólogos e sociólogos, aja como intermediador e promotor dessa defesa da primazia do interesse dos filhos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o aumento do número de separações, cresceram também os estudos feitos interdisciplinarmente sobre o assunto. Na medida em que a guarda unilateral foi avaliada como modalidade que pode contribuir para o afastamento entre pais e filhos e promover a SAP,

tornou-se necessário criar leis e medidas judiciais que promovessem o bem estar familiar e que melhor se aplicassem a cada caso, aumentando assim a demanda por alternativas justas e que preservasse ao máximo a integridade dos filhos durante e após esse processo.

A partir disto, pôde-se observar um grande empenho na criação e incorporação de leis ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como a evolução jurisprudencial, na tentativa de assegurar cuidados aos menores de idade e que seja sempre perseguida a primazia do interesse da criança e do adolescente no que concerne às determinações judiciais de guarda dos filhos após o divórcio dos pais.

Houve notoriamente uma evolução legislativa e jurisprudencial com o intuito de defender o bem estar dos filhos de pais divorciados. O Estado passou a garantir a autoridade parental de ambos os pais, porém não se pode negar que ainda há uma grande problematização rodeando a eficiência da guarda compartilhada. Apesar de ser considerada regra nos dias de hoje, há ainda um grande questionamento entre as entidades se o sistema da guarda compartilhada é aplicável a todos os casos de separação conjugal.

No presente estudo foi possível observar a existência de certa resistência por parte das determinações judiciais de guarda compartilhada, principalmente no início das mudanças legislativas no Brasil, e certa dissonância entre as fundamentações jurisprudenciais e os resultados de trabalhos e pesquisas desenvolvidos pelas ciências humanas sobre o tema. E este fato não ocorre por indisciplina no que se refere a aplicação da lei, mas por ser um grande rompimento do paradigma anterior de determinar em esmagadora maioria dos casos, salvo raras exceções a guarda unilateral dos filhos à pessoa da mãe.

Seria de grande valia que o judiciário juntamente a psicólogos dispusesse de interação nas indicações de terapia e acompanhamento psicológicos entre os pais e entre os pais e filhos para a melhor adaptação de todos à nova rotina. Portanto, sugere-se que haja mais interlocução entre as diversas áreas de conhecimento, inclusive por meio de debates e discussões sobre o tema da guarda compartilhada, sobre o que se pondera a peculiaridade e individualidade dos casos e que, diante de tamanha subjetividade não se deva adotar como regra, ou muito menos desprezar, a opção da guarda compartilhada, mas sim estudar as alternativas e estratégias para adequar a melhor forma de convívio e assistência entre pais e filhos em suas vidas pós-divórcio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 de maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 de maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 de maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os Arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 17 de maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o Art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 17 de maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os Arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 17 de maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.629.994-RJ**. Guarda Compartilhada. Não decretação. Possibilidades. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 6/12/2016, DJe 15/12/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=GUARDA+COMPARTILHADA&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.251.000-MG**. Guarda Compartilhada. Alternância. Residência. Menor. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 23/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=GUARDA+COMPARTILHADA&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRITO, Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdos de jurisprudência. **Rev. Dir. GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 299-317, junho de 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100011&lng=en&nrm=iso. Acesso em 17 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. Ed.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1527-Manual-de-Direito-das-Famlias-Maria-Berenice-Dias-11-ed-2016.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Guarda Compartilhada X Guarda Alternada**: saiba no que se diferem 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6327/Guarda+Compartilhada+X+Guarda+Alternada%3A+saiba+no+que+se+diferem>. Acesso em: 5 de dez. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) – Estatísticas, Downloads. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/downloads-estatisticas.html>, em Registro Civil, em Tabela de Resultados. Acesso em: 18 maio 2020.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família. **Psicol. Ciênc. Prof.**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 290-305, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 de nov. de 2019.

LÔBO, P. **Direito Civil**: famílias. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/miguel020486/2011-direito-civil-familias-paulo-lobo-ed-saraiva-4-edicao>. Acesso em: 29 mar. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul (7. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70025244955**. Agravo De Instrumento. Dissolução De União Estável Litigiosa. Pedido De Guarda Compartilhada. Descabimento. Ausência De Condições Para Decretação. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho, 24 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 16 mai. 2020.