

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA

(ASCES-UNITA)

BACHARELADO EM DIREITO

GUARDA COMPARTILHADA: A eficácia e os efeitos da Lei

13.058/2014

ANA KATARINA SIQUEIRA DE MELO

CARUARU

2018

ANA KATARINA SIQUEIRA DE MELO

**GUARDA COMPARTILHADA: A Eficácia e os efeitos da Lei
13.058/2014**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Núcleo de Trabalhos de Conclusão de Curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita), em requisito parcial para a aquisição de grau de Bacharelado em Direito. Orientadora Msc. Teresa Mendes Santana Tabosa.

CARUARU

2018

RESUMO

A Lei 13.058 de 2014 determina, em seu texto literal, a aplicação da guarda compartilhada como regra quando há litígio, entre os genitores, acerca do instituto da guarda de filhos menores de idade. Para o ordenamento jurídico brasileiro, a prioridade nas decisões da magistratura envolvendo a guarda de menores de idade é o princípio do melhor interesse do menor. A Psicologia, por conseguinte, entende que manter a convivência com ambos os pais de forma equilibrada é extremamente importante para o desenvolvimento biopsicossocial de seus filhos, principalmente em sua tenra idade. O presente estudo explicativo analisa a aplicação do direito de guarda compartilhada pelos operadores do Direito no Brasil após a promulgação da supracitada Lei, com foco nas decisões proferidas pela magistratura, como forma de avaliar a eficácia jurídica do instituto, bem como quais seriam os principais aspectos jurídicos de sua aplicação. Seguindo uma abordagem quali-quantitativa, o método utilizado no presente estudo foi o indutivo, visto que se partindo do estudo de um fenômeno particular foi possível alcançar uma generalidade. Para fins de pesquisa, foram desenvolvidos os métodos de pesquisa bibliográfica, através de doutrinas jurídicas. Desta forma, utilizada conjuntamente, a pesquisa jurisprudencial para embasar o presente trabalho, sendo utilizados apenas decisões disponibilizadas para acesso público. Além de também ter utilizado dados publicados por instituto brasileiro, com o intuito de complementar a pesquisa. Portanto, com base neste estudo, observou-se que há grande discussão doutrinária acerca do estudo em tela, além de impasses de âmbitos jurídicos e psicológicos para a aplicação desta Lei.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; Divórcio; Psicologia; Eficácia

ABSTRACT

The Law 13.058 of 2014 determines, in its literal text, the application of joint custody as a rule when there is litigation among the parents about the institute of custody of minor children. For the Brazilian legal system, the priority in the decisions of the magistracy involving the custody of minors is the principle of the best interest of the minor children. Psychology, therefore, understands that keeping together with both parents in a balanced way is extremely important for the biopsychosocial development of their children, especially at a young age. This explanatory study analyzes the application of joint custody rights after the promulgation of the aforementioned Law by the legal operators in Brazil, focusing on the judgments handed down by the magistracy, as a way to evaluate the legal effectiveness of the institute, as well as what would be the main legal aspects of its application. Following a qualitative-quantitative approach, the method used in the present study was the inductive one, since starting from the study of a particular phenomenon it was possible to reach a generality. For research purposes, the methods of bibliographic research were developed through legal doctrines. In addition, it was used in conjunction of the jurisprudential research to base the present work, being used only decisions made available for public access. In addition to having also used data published by a Brazilian institute, in order to complement the research. Therefore, based on this study, it was observed that there is a great deal of doctrinal discussion about the study on screen, as well as impasses of legal and psychological scope for the application of this Law.

Key words: Joint custody; Divorce; Psychology; Efficacy

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	GUARDA COMPARTILHADA	7
3	EFEITOS DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO	11
4	EFICÁCIA DA LEI 13.058/2014	14
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	18
	REFERÊNCIAS	20

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais diárias desencadeadas pela globalização influenciaram também as relações interpessoais atuais da sociedade, conseqüentemente novas e mais complexas relações surgiram. O direito, portanto, possui o encargo de atender aos novos anseios da população que são frutos destas alterações. Dentre eles pode se destacar as novas formas de regulamentação no âmbito familiar.

Tendo em vista que se torna cada vez mais comum dissolução do vínculo conjugal, as formas de manter as relações parentais após essa dissolução, conseqüentemente, ganham maior notoriedade quando envolvem filhos menores. E, por conseguinte, a importância da fixação da guarda dos filhos, que é um desdobramento do poder familiar e que incumbe os mesmos deveres deste instituto aos pais que a detém.

O instituto da guarda pode ser uma maneira de assegurar o direito à convivência familiar, visando manter os vínculos parentais. Dentre suas formas, destacam-se a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral prevê que cabe a apenas um dos genitores, ou seu substituto (guardião), a responsabilização pelo menor e o exercício dos direitos e deveres como genitor. Ao genitor que não detenha a guarda, a norma o obriga a supervisionar os interesses dos filhos e permite que este faça visitas ao menor.

No entanto, a guarda compartilhada prevê a responsabilização conjunta dos genitores quanto ao exercício dos seus deveres concernentes ao poder familiar, ainda que não coabitem, e o tempo de convívio deverá ser dividido de forma equilibrada, tendo sempre em vista o melhor interesse do menor. Com o recente advento da Lei 13.058 de 2014, que alterou os Arts. 1.583, 1.584, a.1.585 e 1.6334 do referido Código, tal instituto passou a ter maior notoriedade. Dentre as alterações regulamentadas, destaca-se o dispositivo no artigo 1.584.

Entretanto, apesar de ser visto por parte da doutrina como o melhor instituto de guarda, por possibilitar a participação de ambos os pais na formação de seus filhos e

atender ao melhor interesse da criança, conforme relevado em alguns estudos, sua aplicabilidade pelo magistrado era bem inferior à guarda unilateral.

Tal ato do legislador, em contrapartida, não foi suficiente para enfraquecer a resistência que o Judiciário demonstra em conceder esta guarda. Atualmente, este posicionamento ainda persiste predominantemente, apesar do esforço de parte da doutrina em demonstrar os benefícios que a execução da guarda compartilhada poderia trazer para a formação das crianças.

Sendo assim, a guarda compartilhada ainda demanda, por parte dos operadores do direito, esforços de adequação e aprendizado acerca do ideal a ser buscado na estrutura e no exercício do vínculo parental, com fins de atender ao melhor interesse do menor.

Adotou-se a pesquisa quantitativa para a presente pesquisa, visto que se partiu da análise geral da teoria e dos mecanismos que resguardam o instituto da guarda compartilhada, para ser levantada a problemática da pesquisa e suas conclusões. Ademais, o tipo de estudo para a formação do objetivo de pesquisa é o estudo explicativo, de modo que objetiva verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada no Brasil, com base em dados oficiais e jurisprudências, além de analisar seus efeitos na vida da população. Esta análise é possível através de estudo doutrinário, conjuntamente com a observância de dados e jurisprudências, através da consulta de acórdãos já publicados.

Para fins de pesquisa, a doutrina definirá conceitos e aspectos procedimentais do instituto da guarda compartilhada, utilizando obras de renomados autores. Da mesma forma, artigos científicos e monografias acadêmicas publicados irão elaborar discussões acerca do referido instituto. Portanto, para tal será utilizado o procedimento de pesquisa bibliográfica, analisando materiais já publicados.

Portanto, é relevante analisar a aplicabilidade da referida Lei e seus efeitos na vida da população brasileira, com o intuito de avaliar a sua eficácia. Além disso, o impacto que o convívio compartilhado dos genitores pode causar na vida dos seus filhos e as consequências psicológicas na formação das crianças.

2 Guarda Compartilhada

Dentre as formas previstas, atualmente, acerca da guarda, destaca-se o instituto da guarda compartilhada, que surge como forma de continuidade do vínculo parental. Embora seja um instituto previsto recentemente no ordenamento pátrio, o tema é abordado internacionalmente e já vigorava em países como a Suécia e os Estados- Unidos há mais tempo, conforme aponta Rosenvald e Farias (2015, p. 409):

A partir da década de 1990 do século passado, um considerável número de estados norte-americanos editou normas legais disciplinando a guarda conjunta (*joint custody*) no leque de opções de custódia de filhos, notabilizando-se a legislação da Califórnia, do Colorado e da Colúmbia. O tema, então, se difundiu entre as ciências que estudam as famílias e ganhou notoriedade.

A guarda compartilhada não estava prevista inicialmente no Código Civil de 2002, pois esta foi incluída no ordenamento apenas com a Lei 11.698 no ano de 2008. Tal lei alterou os artigos 1.583 e 1.584 do referido Código, e instituiu a preferência à aplicação do convívio compartilhado dos pais com seus filhos em casos de divórcio.

Apesar de previsto em lei, tal instituto não possuía eficácia, visto que em sua redação a lei apenas indicava a preferência pela guarda compartilhada. Sendo assim, a Lei 11.698/08 conferiu maior poder decisório ao magistrado, conforme comenta Dias (2015, pg. 520):

Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC, 1.583, §1º), a lei sinalizou preferência ao compartilhamento (CC, 1.584, §2º). Mas o uso da expressão: **sempre que possível**, deu margem a uma equivocada interpretação por parte da jurisprudência. De forma quase unânime, juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada, que reinava em clima de animosidade ou beligerância entre os genitores. Mesmo depois de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo dita possibilidade, insistiam os juízes em negar o compartilhamento.

É importante ressaltar que, no contexto em que a Lei foi promulgada, já havia uma certa propensão histórica da jurisprudência em conceder apenas a guarda unilateral à genitora da criança. Essa propensão se propagava mesmo diante de outros institutos, como a guarda alternada, que se assemelham à guarda compartilhada e que propiciavam uma maior convivência entre ambos os genitores com seus filhos.

Tal posicionamento, para parte da doutrina, conforme Canezin (2005), é decorrente da histórica sociedade conservadora e patriarcal, visto que houve uma

construção pátria da estrutura familiar que, historicamente, colocou a mulher na posição de maior importância no contexto familiar e afastou o homem, visto que atribuía a ela certa sobrecarga na esfera doméstica e conferia ao genitor o dever de sustento da família, segundo Dias (2009).

Sendo assim, muitos juízes, influenciados por esta visão, acabaram por conceder a guarda unilateralmente para as mães das crianças. Restando aos genitores masculinos, em sua maioria, o singelo direito de visita, e que poderia ser exercido sem maior comprometimento com a criação e o desenvolvimento do menor envolvido. No entanto, diante do contexto social atual, esta visão deveria se encontrar obsoleta, e o vínculo parental deveria ser exercido por ambos os genitores.

Não obstante este fator histórico, havia também o empecilho de alguns genitores não conviverem harmoniosamente, razão pela qual muitos juízes acabavam por também aplicar a guarda unilateral como regra, com fins de minimizar conflitos entre ambos os pais. Este posicionamento do magistrado perdura atualmente e é apoiado por parte minoritária da doutrina, conforme Venosa se posiciona (2013, p. 187):

[...] O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe concomitantemente. Essa modalidade de guarda dita compartilhada não se torna possível quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem distantes um do outro. Essa solução dependerá da perspicácia do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação.

No entanto, para outra parte da doutrina, tais decisões parecem não levar em conta o melhor interesse do menor, visto que isto poderia afastar um dos genitores do convívio com seu filho, pois estaria limitado apenas à visitação, conforme afirma Dias (2015, p. 292).

Em detrimento disto e visando o melhor interesse do menor, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se opõe continuamente a este posicionamento, como tentativa de obstar que ele se estenda. É o que comenta Silva (2011, p. 99):

A guarda compartilhada desfaz a grande desigualdade que vinha acontecendo com o modelo tradicional de guarda única (geralmente indicada somente à mãe): considerando-se um mês de trinta dias (em média), o pai (até, então, o não guardião) não se limita a apenas quatro dias no mês, e o convívio passa a ser mais amplo, porque preserva os

laços afetivos e constrói a intimidade entre pai-filhos e mãe-filhos, a partir do princípio fundamental de que pai e mãe não são visitas

Diante deste quadro, o legislador tentou conferir maior aplicabilidade ao instituto ao aprovar a Lei 13.058/14, que alterou os artigos: 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. Tal ato do legislador contou ainda com o apoio do STJ, conforme demonstra o Recurso Especial do STJ, de nº 1.251.000-MG, que continuou a contrariar o posicionamento conservador preponderante no magistrado de 1º grau, conjuntamente com grande parte da doutrina jurídica.

Dentre as alterações feitas pela Lei 13.058/14 no Código Civil, destaca-se o disposto no artigo 1.584, §2º:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
[...]

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

Desta forma, é notória a tentativa do legislador em tornar a guarda compartilhada como regra de aplicação quando a guarda do menor é pleiteada. Ao prever que, mesmo sem o acordo das partes, o magistrado deverá aplicar o instituto em sua decisão, salvo se um dos genitores demonstrar o não interesse de ter a guarda do menor, notório é que a Lei tenta vincular a sentença dos juízes.

Este ato do legislador contou ainda com ampla divulgação dos meios de comunicação à época de sua promulgação, com fins de alertar a população sobre as alterações do dispositivo e cientificá-los dos ônus e benefícios acerca da aplicação do instituto com a referida Lei.

Cabe, portanto, ao magistrado o devido esclarecimento para as partes acerca disto durante suas audiências. Ademais, Dias (2015, p.522) ressalta que:

A lei priorizara guarda compartilhada e impõe a igualdade parental. O juiz tem o dever de informar aos pais o seu significado. E, não havendo acordo entre eles, será estabelecido judicialmente o regime de compartilhamento.

Importante frisar também que se pode pleitear o referido instituto através da mediação, não sendo necessário o litígio quando em casos onde é possível que os genitores entrem em acordo acerca do divórcio e da guarda. Para tal, no entanto, é de suma importância que os operadores do direito esclareçam os ônus e benefícios dos modelos de guarda. Acerca disto, o enunciado nº 335 da IV Jornada de Direito

Civil instituiu que: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.

É necessário salientar também que a aplicação do referido instituto não está pacificada na doutrina jurídica. Parte majoritária dela afirma que o instituto atenderia ao melhor interesse do menor e deveria ter uma maior aplicabilidade, conforme afirma Alves (2009), pois beneficiaria a continuidade da convivência de ambos genitores e, em casos de divórcio, poderia minimizar os seus efeitos negativos na formação da criança.

No entanto, parte da doutrina alega que tal instituto, na prática, não atenderia ao melhor interesse do menor, pois facilitaria conflitos entre pais separados da criança acerca de sua criação e poderia causar tormento para a mesma. Além disso, poderia ensejar desavenças entre ambos os genitores acerca de questões que não envolvam o menor, conforme afirma Nader (2016, p. 423):

Como se depreende, a guarda compartilhada requer o diálogo e o espírito de compreensão entre os pais, pois, do contrário, em vez de contribuir para a melhor orientação dos filhos, será para estes uma fonte de conflitos. Dificilmente na prática o juiz encontrará oportunidade para a aplicação da hipótese do citado §2º, que exige soma de interesses e tendência coletivista. Especialmente em casais jovens, a guarda compartilhada traz consigo um potencial de desarmonia. O consenso inicial pode ceder à discórdia com o novo rumo de vida de cada um dos pais. À medida que estes assumem outros relacionamentos, surge a tendência de comprometimento em suas relações, quanto à guarda.

Cabe, portanto, ao magistrado decidir sua aplicação de acordo com o caso fático. É importante destacar que para tanto, o §3º do art. 1.584 do Código Civil de 2002, versa que o juiz poderá requerer laudo técnico emitido por profissional competente ou uma equipe multidisciplinar da área, com fins de auxiliar no julgamento dos casos em que houver eventuais dúvidas acerca do que atenderá ao princípio do melhor interesse do menor.

Desta forma, isto poderia minimizar a incidência da discricionariedade do magistrado perante os casos fáticos, além de auxiliar diante de eventuais dúvidas quanto à veracidade do apresentado durante o processo.

3 Efeitos da Aplicação do Instituto

O Direito de Família vem sofrendo constantes alterações ao longo dos anos, tendo em vista que a globalização transforma as interações da sociedade reiteradamente. As maiores modificações ocorreram no campo das novas formas de constituições familiares e o Direito de Família precisa acompanhar estas mudanças.

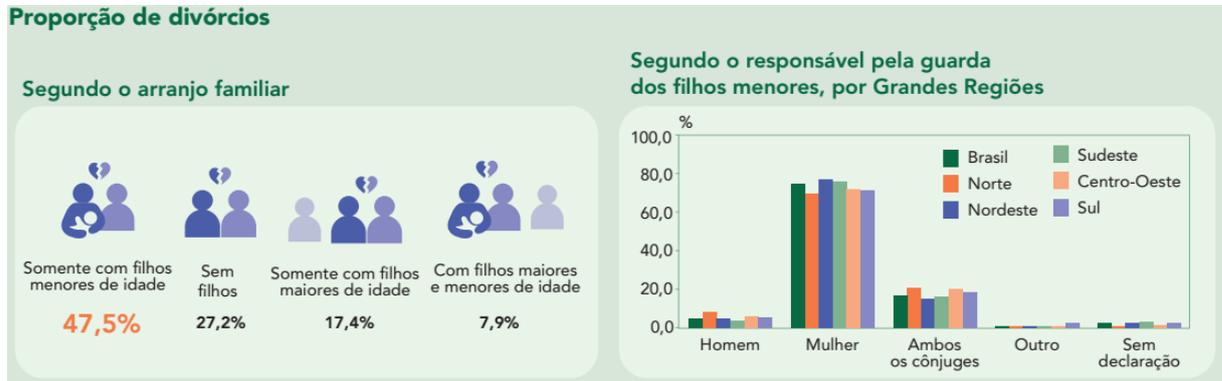
Dentre as referidas mudanças, um dos principais destaques é a dissolução do vínculo conjugal. Pode-se observar que o número de divórcios e separações vem aumentando ao longo dos anos e se torna uma prática comum, conforme confirmam estes dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE).



Sendo assim, é importante salientar que, por si só, o divórcio irá impactar a vida dos filhos, além disso, poderá acarretar consequências para a sua formação, conforme Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p. XIV) comentam:

O elemento central para uma perspectiva positiva ou negativa das decorrências da separação, para os filhos, refere-se ao conflito conjugal, no casamento e depois. Reconhecem que o divórcio é triste e doloroso, mas pode conduzir ao melhor contato com cada um dos pais, melhor qualidade de vida para eles e, conseqüentemente, para si mesmos.

Nesse contexto, é importante observar o elevado índice de casais divorciados que possuem filhos, estes menores de idade, e conseqüentemente o índice de partilha de guarda destes, conforme gráfico do IBGE de 2016:



Com isto, é necessário que se discuta sobre o impacto que esta dissolução do vínculo conjugal e o instituto da guarda a ser aplicado possuem na vida destes menores de idade, bem como na sua formação. Consoante a isto, as psicólogas Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p. 61) comentam:

Diante da compreensão do psiquismo como fruto de inter-relações, a separação não pode mais ser considerada uma questão de lei apenas. A separação não envolve tão somente uma discussão quanto a direitos e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação pode acarretar nos levam a perceber que ela é mais do que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades.

Desta forma, é indispensável salientar que, do ponto de vista psicológico, quanto mais tenra a idade dos filhos, mais dependem dos seus genitores para se desenvolver biológica, psíquica e socialmente de forma adequada e saudável. Sendo assim, a manutenção do vínculo parental e sua convivência compartilhada quando em casos de divórcio seria de extrema valia para a formação da criança, visto que este instituto visa manter estas relações e minimizar os efeitos da separação na vida do menor em questão. É o que também afirmam as psicólogas Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p. 68):

Contudo, como foi dito, a perda de um filho é inestimável e, em casos de separação, conforme a complexidade do conflito relacional e judicial estabelecido é possível que um dos genitores se veja afastado

de seu filho, podendo sentir a falta de convivência como uma forma de morte e determinar luto.

Por conseguinte, a convivência compartilhada, para parte da doutrina, atenderia ao princípio do melhor interesse do menor, visto que ambos os vínculos parentais seriam preservados. Em consonância, é o que afirma Filho (2003, p. 115):

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

Em que pese, referido Princípio está previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, sendo ratificado também por artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O artigo 227 da Constituição Federal vigente conceitua:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É possível, inclusive, que os próprios genitores entrem em acordo e decidam qual é o instituto mais adequado para ambos. Não precisando, portanto, pleitear, no meio litigioso, a guarda, quando a relação entre os mesmos for equilibrada e desejada pelos genitores. Por conseguinte, é de extrema importância que os operadores do direito estejam atentos às situações fáticas e estejam aptos para orientar corretamente a população acerca de seus direitos.

No entanto, um dos principais empecilhos para a aplicação deste instituto, e alvo de ampla discussão doutrinária a respeito, se encontra em casos em que persiste um relacionamento conturbado entre genitores separados. Logo que, isto poderia facilitar maiores desentendimentos entre ambos acerca da formação da criança e seu bem-estar, e possivelmente causaria maiores transtornos ao menor. É o que confirma também o estudo feito por Lago e Bandeira (2009, p. 303), conforme comentam:

É possível concluir que o tipo de relacionamento entre os pais é fator decisivo para a recomendação da guarda compartilhada. Em havendo

um bom relacionamento entre os ex-cônjuges, haverá maior flexibilidade e maturidade diante das decisões conjuntas que deverão tomar sobre a vida dos filhos. É importante considerar ainda a qualidade de relacionamento da criança com cada um dos pais, de forma que a guarda compartilhada privilegie a manutenção desses vínculos.

Ademais, importante também enfatizar que, para avaliar o caso concreto, o magistrado poderá valer-se do auxílio de uma equipe multidisciplinar competente, para averiguar a possível concessão da convivência compartilhada e se esta irá atender ao princípio do melhor interesse do menor em questão. Acerca disto, Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p. 82) frisam que é essencial um relacionamento equilibrado entre os genitores em face de convivência compartilhada:

Entretanto, se o direito à convivência é uma imposição jurídica, a necessidade de os filhos conviverem com os pais é de ordem psicológica, sendo sensato supor-se que um adequado relacionamento parental é a base que vai alicerçar essa convivência.

Desta forma, quando em casos de litígio, este recurso poderia tornar a decisão menos discricionária, visto que o juiz não iria decidir somente com base no observado durante o processo.

4 Eficácia da Lei 13.058/2014

Anteriormente à promulgação da referida Lei 13.058 de 2014, era notório a baixa aplicabilidade da guarda compartilhada. Apesar de prever a preferência desta, o legislador deixou a cargo do magistrado avaliar a sua possível aplicação e, desta forma, se verificou a continua predominância da guarda unilateral.

Conforme confirmam dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), houve predominância das mulheres na responsabilidade pela guarda dos filhos menores de idade a partir do divórcio, passando de 78,9% dos casos, em 1984, para 85,1% em 2014. Esse percentual, entretanto, já havia sido maior nas duas décadas anteriores: 89,7%, em 2004 e 88,0%, em 1994.

Dessa forma, através destes dados do IBGE, torna-se manifesto que o Judiciário seguiu persistindo na resistência à adoção do instituto durante a vigência da Lei 11.698 de 2008. Ademais, é clara ainda a tendência histórica de concessão, por parte da magistratura, de guarda unilateral às genitoras dos menores em questão.

Diante deste quadro, o legislador tentou conferir maior aplicabilidade ao instituto ao aprovar a Lei 13.058/14, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002.

Por conseguinte, ainda segundo estes dados, entre os anos 2014 e 2015, observou-se um aumento na proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges, 7,5% e 12,9%, respectivamente. Esta pequena melhora se deve à promulgação da Lei 13.058 de 2014, conjuntamente com o posicionamento do STJ de incentivar a aplicação do referido instituto, conforme exemplo do Recurso Especial 1.629.994-RJ.

Neste ínterim, parte da doutrina concorda com o posicionamento do STJ e do legislador de que o referido instituto poderia atender mais adequadamente ao princípio do melhor interesse do menor, se possuísse uma maior eficácia em casos práticos, mesmo diante de divergências entre os cônjuges. Sobre isto Dias (2008, p. 26), explana:

A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Apesar do pequeno aumento ao longo dos anos, tal índice acerca sua aplicação ainda é insuficiente para atingir os objetivos do legislador com a atual Lei em vigor, visto que decisões que definem a guarda unilateral como instituto ideal a ser aplicado no caso prático ainda se reproduzem em larga escala, conforme demonstra o acórdão nº 776120, da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Sendo assim, a discrepância da aplicação entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada se perpetua, conforme exposto pelo gráfico de proporção de divórcios judiciais concedidos, por responsável pela guarda dos filhos menores, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação apresentado pelo IBGE (2015):

Grandes Regiões e Unidades da Federação	Proporção de divórcios judiciais concedidos, por responsável pela guarda dos filhos menores (%)				
	Marido	Mulher	Ambos os cônjuges	Outro	Sem declaração
Brasil	5,2	78,8	12,9	1,0	2,1
Norte	9,1	72,6	15,3	1,2	1,8
Rondônia	7,9	74,2	12,4	0,8	4,6
Acre	9,4	78,3	11,4	0,4	0,4
Amazonas	10,6	68,0	20,3	0,9	0,0
Roraima	9,7	67,4	9,8	2,3	10,8
Pará	9,0	74,6	14,0	1,6	0,8
Amapá	12,9	71,4	13,3	1,0	1,4
Tocantins	6,1	77,0	13,6	1,2	2,1
Nordeste	4,8	80,8	10,9	1,1	2,4
Maranhão	5,3	73,8	18,0	2,1	0,7
Piauí	5,6	78,8	12,9	1,1	1,7
Ceará	4,6	83,1	9,6	1,0	1,7
Rio Grande do Norte	6,5	82,5	9,9	0,5	0,6
Paraíba	3,9	80,8	13,2	0,8	1,2
Pernambuco	5,2	83,8	8,3	1,3	1,4
Alagoas	4,3	83,3	10,9	0,9	0,6
Sergipe	1,7	91,4	5,7	0,2	1,1
Bahia	5,0	76,6	12,0	1,0	5,5
Sudeste	4,4	81,1	11,8	0,9	1,8
Minas Gerais	5,0	82,5	11,4	0,7	0,4
Espírito Santo	7,9	79,0	11,4	1,0	0,6
Rio de Janeiro	4,1	82,0	7,0	1,4	5,5
São Paulo	4,0	80,7	12,8	0,8	1,7
Sul	6,3	74,5	15,6	1,0	2,6
Paraná	6,6	71,5	17,0	1,1	3,8
Santa Catarina	6,6	77,2	14,9	0,9	0,3
Rio Grande do Sul	5,3	77,8	13,5	0,9	2,6
Centro-Oeste	5,5	73,6	16,6	1,0	3,3
Mato Grosso do Sul	5,8	74,9	17,5	0,7	1,1
Mato Grosso	6,7	79,8	10,2	2,2	1,1
Goiás	5,5	76,9	12,4	1,0	4,2
Distrito Federal	4,8	64,4	24,7	0,6	5,6

Desta forma, o apoio do STJ, que tem dissentido do posicionamento conservador preponderante para grande parte do magistrado em várias de suas decisões, conjuntamente com parte da doutrina jurídica se faz de extrema valia neste processo, visto que dessa forma a discussão acerca da questão é ampliada. É o que exemplifica o Recurso Especial 1.428.596 do STJ:

Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. 1. A guarda compartilhada busca

a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser 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 de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e, com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do poder familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob 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. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.428.596, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrichi, j. 03.06.2014)

Portanto, apesar de haver divergências para a doutrina jurídica e de não haver unanimidade na magistratura quanto à possibilidade de aplicação da guarda compartilhada no caso fático, há conformidade no que tange ao afirmar que o instituto é o ideal a ser buscado quando da separação ou do divórcio dos genitores por lei.

Conseqüentemente, a preocupação se perfaz, tanto do legislador quanto do Tribunal, em impedir que este instituto vire letra morta, conforme mencionado no Recurso Especial 1.428.596 supracitado, e possua baixa aplicabilidade. Sua aplicação, no entanto, é complexa, visto que deverá depender das questões levantadas no caso prático pelas partes, somado ao que se mostrar ao magistrado ser o ideal para a formação biopsicossocial e atender ao princípio do melhor interesse dos menores em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O divórcio, por si só, pode impactar a vida dos filhos dos casais em questão. Sendo assim, discutir-se acerca da guarda a ser instituída no caso de filhos menores de idade, é de extrema valia. Isto impactará diretamente a sua formação biopsicossocial e o seu bem-estar. Desta forma, o magistrado precisa avaliar atentamente qual modalidade será a mais satisfatória para resguardar o interesse do menor em questão no caso fático.

Com o estudo em tela, foi possível perceber que esta é um ponto extremamente delicado do Direito de Família, visto que toca no íntimo da família em questão e na sua estruturação, o que aumenta ainda mais a responsabilidade do magistrado e dos demais operadores do direito.

Ademais, é possível constatar que há uma enorme discussão na doutrina jurídica acerca de qual modalidade de guarda é a mais eficaz atualmente e qual poderia atender mais satisfatoriamente o princípio do melhor interesse do menor; bem como qual instituto deveria ser aplicado nos casos fáticos e quais seriam as questões limitantes no que tange à aplicação da guarda compartilhada. Por conseguinte, isto serve para comprovar a importância da questão e sua discussão no âmbito jurídico, além de assessorar a magistratura quando é preciso decidir a questão em casos práticos.

Demonstrou-se ainda que ambas as correntes doutrinárias possuem pontos importantes acerca deste instituto, que precisam ser discutidos e avaliados pelos operadores do direito. Apesar de ser um desafio compreender as implicações psicológicas da questão para profissionais de outras áreas, estas, no entanto, precisam ser observadas, pois são de suma importância para o objeto em estudo, enriquecendo o debate.

Além disso, é importante ressaltar que um dos grandes desafios para o magistrado, é o processo decisório no caso prático em face somente do que pode ser observado pelo mesmo durante o curso do processo da questão, quando se trata de litígio. Isso, por vezes, pode se mostrar insuficiente para avaliar os fatos e, possivelmente, confere ao juiz em questão um poder decisório grande.

O magistrado, portanto, pode não dispor do conhecimento técnico específico para decidir acerca da adequação do instituto da guarda compartilhada no caso prático sozinho. Devido a isto, para proferir sua decisão, o ordenamento oportuniza o auxílio de profissionais da área psicológica, mediante laudo de equipe multidisciplinar da área quando solicitado. Tal previsão legal é de extrema importância e valia, visto que o laudo técnico poderá complementar as decisões e auxiliar grandemente a magistratura diante da decisão envolvendo a guarda dos menores de idade.

Apesar disso, o legislador tem encontrado dificuldades para a eficácia desejada do referido instituto. A Lei 13.058/14 foi promulgada, devido à ínfima eficácia da lei anterior, a Lei 11.698/08. Sendo assim, a nova lei foi aprovada reconhecendo que a guarda compartilhada seria a ideal para os casos em que há o divórcio dos genitores, ao invés de apenas demonstrar sua preferência na previsão legal. Isto posto, pode-se inferir que ela visa obstruir que a baixa eficácia possa prejudicar as famílias que teriam plenas condições de utilizar a convivência compartilhada, mas acabam não o fazendo devido a este preponderante posicionamento da magistratura ante a questão.

Além disso, é importante salientar que os demais operadores do direito também possuem grande importância neste processo, visto que poderão esclarecer a população acerca dos ônus e benefícios da aplicação deste instituto em seus casos. Além de orientá-los adequadamente sobre a oportunidade de pleitear a guarda compartilhada em mediação ou acordo judicial, visto que a via do litígio seria mais demorada e mais desgastante para ambos os genitores. Não ficando a cargo, portanto, apenas da magistratura decidir quanto às possibilidades de concessão da guarda.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: maio de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: maio de 2017.

CANEZIN, Claudete Carvalho. "**Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**". Revista Brasileira de Direito de Família, v. 6, n.28, 2005.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini. **Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, DF: Consulex, v.12, n.275, 30 jun 2008.

DIAS, Maria Berenice. "**Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda**". 2009. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39559886/1_-_guarda_compartilhada__uma_novidade_bem-vinda.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1511613431&Signature=GRCPa2u8DKUSOc61yqVXQXGIVY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D1_-_guarda_compartilhada_uma_novidade_be.pdf> Acesso em 22/11/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **“Estatísticas do Registro Civil de 2013”**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2013/default.shtm>>. Acesso em: maio de 2017.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **“Estatísticas do Registro Civil de 2015”**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf. Acesso em: outubro de 2017.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **“Estatísticas do Registro Civil de 2016”**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf. Acesso em: janeiro de 2018.

LAGO, Vivian Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. **A Psicologia e as Demandas Atuais do Direito de Família**. Porto Alegre: Psicologia, Ciência e Profissão, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Ed. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Minas Gerais. **Recurso Especial nº 1.251.000-MG (0084897-5)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, 31 de agosto de 2011.

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rio de Janeiro. **Recurso Especial nº 1.6291.994-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 06 de dezembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico, 15 de dezembro de 2016

Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rio Grande do Sul. **Recurso Especial nº 1.428.596-RS (2013/0376172-9)**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 03 de junho de 2014. Diário de Justiça Eletrônico, 25 de junho de 2014.

Tribunal de Justiça, 1ª Turma Cível, Distrito Federal. **Apelação Cível 0010917-65.2012.8.07.0009-DF (20120910112438)**. Relatora: Simone Lucindo. 10 de dezembro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico, 16 de dezembro de 2014, pag. 08.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2011.