



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
ELZA MARIA DE SOUZA**

**JUSTIFICATIVAS DE DESEMBARGADORES PARA NEGAR PROVIMENTO AOS
RECURSOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

Palhoça
2010

ELZA MARIA DE SOUZA

**JUSTIFICATIVAS DE DESEMBARGADORES PARA NEGAR PROVIMENTO AOS
RECURSOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de graduação em Psicologia da Universidade do Sul de Santa Catarina como pré requisito parcial para obtenção de título de Psicólogo.

Orientador: Prof. Leandro Castro Oltramari, Dr.

Palhoça
2010

ELZA MARIA DE SOUZA

**JUSTIFICATIVAS DE DESEMBARGADORES PARA NEGAR PROVIMENTO AOS
RECURSOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Psicólogo e aprovado pelo Curso de Psicologia da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 23 de junho de 2010.

Prof. Orientador Leandro Castro Oltramari, Dr.
Universidade do Sul de Santa Catarina.

Prof. Paulo Roberto Sandrini
Universidade do Sul de Santa Catarina.

Psicólogo Fabrício Antônio Raupp, Esp.
Projeto Amanhecer – HU - UFSC

AGRADECIMENTOS

Foram vários os momentos em que pensei em desistir, mas a força de vontade de vencer e conseguir atingir o objetivo de concluir uma graduação fizeram com eu fosse até o final. Assim, agradeço primeiro a Deus por ter proporcionado este tempo e me dado as condições necessárias para a realização deste sonho.

À minha mãe Elza a quem tanto amo, aos meus filhos Alexsandro, Patrícia e Alison que são a razão do meu viver. Meu amor por vocês é incondicional. Ao professor Leandro, meu orientador que com muita atenção e conhecimento soube me conduzir neste trabalho.

A todos os professores com quem tive o prazer de saborear dos seus conhecimentos.

Aos meus amigos de trabalhos, por compreenderem as vezes em que me ausentei, principalmente para que pudesse realizar meus estágios obrigatórios e essa pesquisa.

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que este trabalho fosse concretizado e que serão sempre lembrados.

“Só existe dois dias no ano que nada pode ser feito. Um se chama ontem e o outro se chama amanhã, portanto hoje é o dia certo para amar, acreditar, fazer e principalmente viver.”

Dalai Lama

RESUMO

O presente trabalho apresenta as justificativas de desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada. Seu referencial teórico está pautado na psicologia social abordando principalmente a transformação familiar ao longo da história, guarda compartilhada, função dos magistrados, acórdãos e jurisprudências. A promulgação da lei da guarda compartilhada coloca o casal separado, em igualdade de responsabilidade, tanto pelo afeto, quanto pelo suporte material aos filhos. Ela visa preservar o relacionamento parental, considerando que após o término do vínculo afetivo do casal não deve comprometer a relação entre pais e filhos, ou seja, continuarem a ter uma relação eficaz e equilibrada. A guarda compartilhada visa acima de tudo atender os interesses da criança. Este trabalho é classificado como uma pesquisa exploratória de delineamento documental que teve por objetivo compreender as justificativas utilizadas pelos desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada. Para atingir esse objetivo utilizou-se de fichamentos que posteriormente foram analisados a partir de categorias delimitadas *a posteriori*. No processo de análise essas categorias foram articuladas entre si e a luz do referencial teórico. A partir da pesquisa feita constatou-se que as justificativas utilizadas para negar provimento ao recurso da guarda estão relacionadas ao vínculo afetivo existente após o término do relacionamento amoroso, ou seja, as decisões para que a guarda seja deferida ou indeferida visam atender primeiramente aos interesses do menor. Assim, se os genitores apresentam desavenças e não conseguem manter um relacionamento harmonioso, na visão dos desembargadores influirá no equilíbrio emocional do menor. Outro fator analisado para o não provimento do recurso é a alternância de lares, vista como negativa para o desenvolvimento da criança. Constatou-se também que ainda há uma predominância na concessão da guarda à mãe, vista como melhor preparada para a educação e cuidados do menor. Constatou-se ainda que o posicionamento dos desembargadores pauta-se em estudos psicossociais, solicitados às assistentes sociais e em menor frequência aos profissionais da psicologia, bem como pauta-se também na decisão dos juízes, visto que estes puderam estar mais próximos aos fatos apresentados, possuindo, portanto plenas condições de julgar a causa de forma adequada, isso quando não há divergências de decisão ferindo algum direito das partes envolvidas no processo de petição de guarda compartilhada.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, mediação, família.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Página de busca avançada do TJ/SC	33
---	----

LISTA DE QUADROS

Quadro n.º 01: Categorias relacionadas aos objetivos específicos da pesquisa.....	35
Quadro n.º 02: Justificativas utilizadas pelos desembargadores.....	37
Quadro n.º 03: Atuação dos psicólogos nos indeferimentos de guarda compartilhada	43
Quadro n.º 04: Posicionamento de concessão a um dos genitores	46

LISTA DE SIGLAS

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

TCC – Trabalho de Conclusão de Curso

TJ/SC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 TEMA	12
1.2 PROBLEMÁTICA	12
1.3 OBJETIVOS	16
1.3.1 Objetivo Geral	16
1.3.2 Objetivos Específicos	17
1.4 JUSTIFICATIVA	17
2 REFERENCIAL TEÓRICO	21
2.1 TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA E SUA INFLUÊNCIA NA GUARDA DOS FILHOS.	21
2.2 GUARDA COMPARTILHADA	27
3 MÉTODO	33
3.1 QUANTO AO TIPO DE PESQUISA	33
3.2 FONTES DE INFORMAÇÃO	33
3.2.1 Procedimento para Seleção das Fontes	33
3.3 EQUIPAMENTOS E MATERIAIS	35
3.4 SITUAÇÃO E AMBIENTE	35
3.5 INSTRUMENTOS E PROCEDIMENTOS PARA COLETA DE DADOS	35
3.6 ANÁLISE DE DADOS	35
4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE DADOS	37
4.1 JUSTIFICATIVAS UTILIZADAS PELOS DESEMBARGADORES PARA NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DA GUARDA COMPARTILHADA.	37
4.2 IDENTIFICAR QUAL A PARTICIPAÇÃO DOS PSICÓLOGOS NOS PROCESSOS DE INDEFERIMENTOS DE GUARDA COMPARTILHADA ANALISADAS PELOS DESEMBARGADORES.	44
4.3 VERIFICAR QUAL A PROPORÇÃO DE GUARDAS CONCEDIDAS AS MÃES E AOS PAIS, NOS PROCESSOS DE INDEFERIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	52

APÊNDICE A – FICHAMENTO ELETRÔNICO	57
---	-----------

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está articulada ao núcleo da saúde do curso de psicologia da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). A grade curricular do referido curso estabelece a existência de dois núcleos orientados a saber: núcleo da saúde e núcleo do trabalho. A partir da oitava fase do curso de psicologia os acadêmicos fazem a opção por um dos núcleos, onde irão desempenhar atividades específicas relacionadas às temáticas dos projetos dos quais fizerem parte.

A temática da presente pesquisa está relacionada ao projeto de mediação familiar realizado no fórum do município de São José (SC) e destina-se a conhecer as justificativas utilizadas pelos desembargadores relacionadas ao indeferimento da guarda compartilhada.

A guarda dos filhos é uma temática delicada do direito de família, pois as separações vêm aumentando consideravelmente, como demonstrado a seguir por dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano de 2007.

A apresentação desta pesquisa se dará da seguinte forma:

Na introdução apresenta-se o tema da pesquisa, sua problemática, os objetivos e a justificativa, na qual se explicita a origem do interesse pela pesquisa e a relevância desta para a vida acadêmica e para o meio social no qual estão inseridos.

No segundo capítulo apresenta-se a contextualização dessa pesquisa, a partir do referencial teórico exposto. Aqui são apresentadas informações importantes que a sustentam e que possibilitam a análise dos dados coletados. Para tanto foram abordados temas como a transformação da família e da conjugalidade, buscando contextualizá-la historicamente, bem como suas transformações ao longo dos anos; apresenta-se também a temática da guarda compartilhada, abordando seu significado, a separação conjugal, a relação entre pais e filhos frente a esse processo; aborda-se também nesse capítulo a função dos juízes e desembargadores e o discurso jurídico, onde se apresenta como são conduzidos e definidos os processos jurídicos; e por fim apresenta-se uma contextualização de acórdão e jurisprudência temas importantes, pois tratam de uma das possíveis formas de expressão do direito, que servem como base para processos jurídicos.

No capítulo 3 apresenta-se o método da pesquisa que contempla informações sobre a caracterização da pesquisa, fontes de informação a forma de seleção das mesmas, o instrumento de coleta de dados proposto, bem como o ambiente necessário para a coleta de dados, os materiais necessários para a execução dessa pesquisa, e a forma como os dados coletados foram analisados.

No capítulo 4 apresentam-se os dados coletados, bem como a análise dos mesmos. A análise é apresentada através dos objetivos específicos, estes como subtítulos relacionando-os a luz do referencial teórico. Por fim no capítulo 5 apresentam-se as considerações finais dessa pesquisa, retomando os objetivos, respondendo a pergunta problema, e comentando sobre as facilidades e dificuldades da pesquisa.

1.1 TEMA

As justificativas de desembargadores para negar provimento ao recurso da guarda compartilhada.

1.2 PROBLEMÁTICA

São evidentes as transformações da conjugalidade¹ desde o surgimento da modernidade, principalmente no que se refere à separação conjugal. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1997 foram concedidos 89.635 separações judiciais e 104.307 divórcios, enquanto que em 2007 esses números passaram para 91.743 separações judiciais e 152.291 divórcios.

1 Conjugalidade: Pode ser entendida como uma estrutura composta da individualidade dos membros que formam o casal bem como do interjogo dinâmico desse par conjugal, ou seja, possui tanto características individuais dos membros quanto características próprias enquanto um eu conjugal com funcionamento autônomo. Configura-se, assim, numa dimensão psicológica compartilhada, onde há leis e funcionamentos específicos que oscilam entre momentos de fusão e diferenciação entre os indivíduos que compõem o par conjugal. (FÉRES-CARNEIRO, 2003; MENEZES E LOPES, 2007).

Não se pode dizer, com isto, que há um empobrecimento da relação conjugal ou que ela está se extinguindo e sim que há um crescimento de novas formas de relacionamentos, direcionando os lares a uma reorganização. (FÉRES-CARNEIRO, 2003).

Os vínculos conjugais já nascem com a possibilidade de um dia terminar, mesmo quando iniciados através dos laços afetivos. Muitas vezes, a separação é considerada a melhor solução, mesmo sendo acompanhada de muito sofrimento. A separação conjugal pode representar um desafio e uma nova chance para o desenvolvimento pessoal dos parceiros. (FÉRES-CARNEIRO, 2003; CEZAR-FERREIRA, 2004).

Cezar-Ferreira (2004) ressalta que a separação não deve ser considerada como uma calamidade e sim como uma tentativa de dar solução para um relacionamento infeliz. É imprescindível que ao tomarem esta decisão, se o casal possuir filhos, que estes permaneçam fora desse conflito. Cabe aos pais esclarecerem sobre a situação da separação conjugal, reforçando que quem se separa é o par amoroso: o casal parental permanecerá com as mesmas responsabilidades referentes à prole. (FÉRES-CARNEIRO, 1998).

Leite (2003) considera que após a separação conjugal, há uma alteração na estrutura familiar. Se antes a mesma era composta por pai, mãe e filhos, a partir da separação ela se desmembra, obrigando o casal a tomar decisões consideradas indispensáveis com relação aos filhos gerados no relacionamento. Sendo competência do casal considerar que essa ruptura é somente deles, não sendo extensiva aos filhos, uma vez que a filiação é inalterável. Cezar-Ferreira (2004, p.69) acrescenta que: “a relação entre pais e filhos não se extingue por nenhuma razão e de nenhuma forma, ainda que as aparências possam contrariar essa afirmativa”.

Referente à separação conjugal e como esta é sentida e entendida pelos filhos, Dolto (2003), ressalta que as crianças percebem quando os pais não estão mais se entendendo e que elas deveriam ser informadas sobre uma possível separação.

No caso de um desentendimento, uma separação ou um divórcio, não existe isenção relativa a palavra empenhada de criar filhos. O divórcio legaliza o estado de desentendimento e leva a uma libertação da atmosfera de discórdia e uma outra situação para os filhos. (DOLTO, 2003, p. 11-12).

Para Cezar-Ferreira (2004), as maiores fontes de sofrimento dos filhos estão relacionadas à lealdade que eles têm com os pais e essa relação se divide colocando-os em conflitos, pois consideram que ao serem leais a um, serão desleais ao outro. Wallerstein e Kelly (1998 *apud* CEZAR-FERREIRA, 2004, p. 69) afirmam que “[...] é impositivo que pai e mãe autorizem expressamente os filhos a continuar gostando do outro e a não se separarem dele, para que a mudança no padrão de relação seja a menos traumática possível”.

Diante disso, percebe-se a importância da presença de duas figuras parentais, de forma efetiva na criação de seus filhos. Percebe-se que a guarda compartilhada, ao permitir a presença de ambos os pais com responsabilidades iguais perante o desenvolvimento e educação dos filhos, pode gerar menor desgaste emocional na estruturação do modo de funcionamento familiar e das relações entre os filhos e as figuras parentais.

A Lei nº 11.698/2008, que trata sobre a guarda compartilhada, considera como primordial o bom relacionamento entre as partes envolvidas, ou seja, após a separação “sempre que possível”, ela poderá ser concedida, desde que os benefícios decorrentes dela consigam superar as constantes desavenças que os pais possam ter. (GAMA, 2008).

Pereira (2004) ressalta que ela surgiu para reforçar esses laços, onde o pátrio poder não é mais absoluto, mas permeado de afeto, amor e respeito, a fim de resguardar os interesses da criança para que a mesma possa ter um desenvolvimento equilibrado.

A primeira decisão concedendo guarda compartilhada foi na década de 1960, na Inglaterra. Este fato desencadeou repercussões em outros países como na França, Canadá e nos Estados Unidos, sendo que no Estado do Colorado, a guarda compartilhada é aderida de 90% a 95%. (MELO, 2008)

No Brasil, de acordo com o Juiz da 6ª Vara da Família de Brasília, Arnaldo Camanho, que também preside o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Lei nº 11.698/2008, sancionada pelo Presidente da República em 13 de junho de 2008, entrou em vigor no dia 15 de agosto de 2008, e estabelece que a guarda compartilhada “é o sistema que melhor atende aos interesses da criança”. É por isso que acredita na aplicação da lei por parte dos magistrados, nos processos de separação. A Juíza da 3ª Vara da Família de Brasília, Fernanda Dias Xavier, concorda ao explicar que:

para a criança que vem de uma experiência de ruptura e perda dos pais, decorrente de separação judicial ou de dissolução de união estável, a guarda compartilhada dá a oportunidade de vê-los novamente juntos, assessorando-os na condução da sua vida. (JUSBRASIL, 2008).

Ao se pesquisar os acórdãos proferidos por Desembargadores no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC), percebe-se que alguns deles proferiram referidos processos com a colaboração de análises executadas por profissionais do serviço social. É o que se vê no Acórdão de n. 2008.023008-5.

O Estudo Social de fls. 51/53, além de bastante superficial, baseou sua conclusão em alegações produzidas exclusivamente pelo genitor quanto à impropriedade dos cuidados maternos, alegações estas que, em razão da litigiosidade da relação, haveriam de ter sido efetivamente verificadas para ensejarem qualquer juízo de valor.

Para Camillo (2006 apud RAUPP, 2008, p. 8), o Código Civil brasileiro, em seu artigo n. 1.632, prevê a seguinte diretriz: “a separação judicial, o divórcio e a união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em companhia os segundo”. Assim, após a separação, os pais têm o direito de permanecerem com acesso aos filhos e de continuarem contribuindo conjuntamente na formação deles.

Com relação ao papel desempenhado pelo magistrado ao analisar um processo de guarda, Strenger (1991), considera que o juiz não deve ter uma apreciação somente sobre o prisma da lei, sendo apenas um instrumento mecânico, pois em alguns momentos se faz necessário uma apreciação pessoal na resolução de fatos não previstos nas normas. Estes fatos deverão ser interpretados pelo juiz, que ao atuar como um fiscal e controlador, aplicando sua subjetividade na resolução dos problemas relacionados à família, possa atribuir a melhor decisão, em cada caso. Complementado por Raupp, (2008, p. 8), “eles vão determinar o futuro dessa família, mais especificamente o da criança envolvida na separação”.

Acórdãos disponíveis no *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina mostram que, mesmo antes da promulgação da Lei nº 11.698/2008, já em 1997, alguns magistrados, simpatizantes dessa medida, analisaram processos de solicitação de guarda compartilhada, apesar de serem considerados reduzidos em relação ao número de separações apontadas pela estatística do IBGE (2007).

É o que se denota no Acórdão de n. 1997.014774-0:

De outro lado, verbera a **guarda compartilhada**, ainda mais por curtos períodos traz aos autos estudos de psicóloga local e pede seja reconsiderada a decisão de fls. 92/95 ou então submetido o agravo ao julgamento da colenda Câmara.

A partir de leituras de acórdãos referentes à guarda compartilhada disponível no *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e dos atendimentos realizados no Serviço de Mediação Familiar dentro do Fórum da comarca de São José-SC, observa-se que os casais que buscam a legalização da sua separação e da guarda de filhos, não questionam sobre a possibilidade de requererem a guarda compartilhada, haja vista que a promulgação da referida Lei completou um ano em 15 de agosto de 2009. Mesmo assim, percebe-se um desconhecimento total ou parcial, por parte da comunidade, referente a quem possui o direito de requerer a guarda compartilhada.

Diante do exposto, e considerando que a guarda compartilhada continua sendo um assunto recente, e, portanto, desprovido de estatísticas e necessitando de mais estudos por profissionais multifuncionais (psicólogos e assistentes sociais) no sentido de fornecerem o suporte necessário ao magistrado no momento da aplicabilidade da lei da guarda compartilhada, é que se impõem estes estudos.

Com o intuito de verificar se a criança possa sentir-se amparada, fica o questionamento: **Quais as justificativas utilizadas pelos Desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada?**

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo Geral

Compreender as justificativas utilizadas pelos Desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada.

1.3.2 Objetivos Específicos

a) Identificar as justificativas utilizadas pelos Desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada, nos acórdãos pesquisados;

b) Identificar qual a participação dos psicólogos nos processos de indeferimentos de guarda compartilhada analisadas pelos desembargadores;

c) Verificar qual a proporção de guardas concedidas as mães e aos pais, nos processos de indeferimento de guarda compartilhada;

1.4 JUSTIFICATIVA

Historicamente, após a separação, na maioria das vezes a guarda dos filhos é concedida às mulheres, consideradas, culturalmente, mais competentes, que os homens, na criação dos filhos. Atualmente isso tende a se modificar, pois a mulher vem conquistando espaços, lançando-se no mercado de trabalho com a finalidade de contribuir ou até mesmo de prover o sustendo da família e o de realizar-se profissionalmente. Com isso houve uma mudança na estrutura familiar, onde os deveres e as obrigações do casamento, principalmente as que se referem aos filhos, passaram a ser partilhados entre o casal.

Na separação é comum que os pais passem a habitar em residências separadas e normalmente, os filhos tendem a morar com um deles, seja por escolha própria ou por imposição dos pais. Nem sempre essa separação ocorre tranquilamente e muitas vezes o casal tende a brigar na justiça pela guarda dos filhos, deixando essa decisão para o magistrado.

Quando isso ocorre, uma das partes interessada na guarda do menor e sendo representada por um advogado, faz a petição inicial da ação principal no Fórum da comarca onde reside. O Juiz determina a citação da outra parte, ou seja, o comparecimento da outra parte envolvida no mesmo processo, que na maioria das vezes também está interessada na guarda do menor. Assim em uma audiência com

dia e hora marcados, ambos poderão ser ouvidos para que seja dada a decisão mais apropriada, sempre pensando no bem-estar do menor em questão.

É comum, essas decisões serem pautadas em análises acompanhadas por assistentes sociais durante o desenrolar do processo. Nesse caso a parte que não foi beneficiada poderá recorrer da decisão proferida pelo Juiz, apelando ao Tribunal de Justiça, através de seu advogado, esperando que essa decisão seja reconsiderada por um Desembargador. (THEODORO JUNIOR, 2007; FÜHRER, 2009).

Dessa forma, é transferido ao magistrado o poder de decidir sobre o futuro da criança e muitas vezes essa decisão pode causar sofrimento para uma parte da família, pois ao decidir a guarda, ele pode beneficiar somente a um dos pais. Porém, quando o casal possui um bom relacionamento e diálogo, há a possibilidade de um acordo mais benéfico para os filhos nessa reconstrução familiar.

Neste sentido, existe a probabilidade de os pais buscarem na guarda compartilhada, considerada um novo modelo de responsabilidade parental, a alternativa que melhor se adéqüe a criança referente ao seu desenvolvimento e relações afetivas. A promulgação da lei da guarda compartilhada coloca o casal separado, em igualdade de responsabilidade, tanto pelo afeto, quanto pelo suporte material aos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 22 determina: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (DEL-CAMPO; OLIVEIRA, 2009, p.28).

É o que argumenta Féres-Carneiro, (1998, p.387):

Quem se separa é o par amoroso, o casal conjugal. O casal parental continuará para sempre com as funções de cuidar, de proteger e de prover as necessidades materiais e afetivas dos filhos [...]

Com a inserção do Profissional de Psicologia no Serviço de Mediação Familiar e com a homologação do primeiro concurso, em 14/10/2008, para os Profissionais da Psicologia em toda a esfera do Poder Judiciário Catarinense, abriu-se um espaço para a sua atuação, de modo especial, junto as Varas da Família, os quais colaboram com suas intervenções.

Percebe-se a necessidade de aprimoramento da temática da guarda compartilhada por parte dos profissionais preocupados e envolvidos com o bem-estar da família que está em processo de transformação, principalmente com os filhos dessa família, podendo contribuir psicologicamente, juridicamente e principalmente, socialmente, uma vez que com a separação, a família necessita reestruturar-se, no seu convívio social.

Compreende-se que através das justificativas utilizadas pelos Desembargadores nos acórdãos e em quais argumentos se baseiam para indeferirem os processos de guarda compartilhada é possível verificar se as justificativas estão relacionadas ou não, ao novo entendimento da guarda compartilhada ou se o magistrado utiliza-se apenas de uma análise subjetiva.

Dessa forma, ao se produzir conhecimento científico, este poderá ser utilizado pelos profissionais envolvidos na área de atuação da temática da guarda compartilhada, de forma a melhorar ou até mesmo modificar a forma de intervenção nesses casos.

Portanto, essa pesquisa torna-se relevante tanto cientificamente quanto socialmente, pois se percebe que o magistrado necessita de estudos e informações confiáveis desta temática, principalmente pelo fato de a lei da guarda compartilhada estar em vigor há, aproximadamente, dois anos.

Outras pesquisas de Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) de Psicologia, da UNISUL, como as de Luza (2008), procuraram averiguar como é percebida a guarda compartilhada pelos juízes das varas da Infância e Juventude da grande Florianópolis. Nesta mesma linha, Raupp (2008), em sua pesquisa, procurou investigar através dos acórdãos, quais os argumentos utilizados pelos desembargadores para a sua concessão ou negação.

Autores como Barreto (2003), Lima (2006), Amaral (2006), estudam a guarda compartilhada pelo viés da área jurídica, não relacionando essa temática aos efeitos psicológicos gerados na criança.

É aí que se observa a relevância destas pesquisas aos profissionais da psicologia, advogados, magistrados e a sociedade, por ser um assunto considerado novo no Brasil. Neste sentido, avalia-se que assuntos referentes a este tema não foram esgotados, tendo em vista que até o momento ainda não foram identificados trabalhos já publicados, relacionados à proposta por esta pesquisa.

Assim, percebe-se a relevância social desta pesquisa, pois através dos resultados, que por ela serão obtidos, poder-se-á, em reflexões posteriores, modificar a forma de como o processo sobre a decisão da guarda de um filho poderá ser conduzida pelos profissionais habilitados. Poderá proporcionar, ainda, uma adequação da situação de guarda entre o casal, à medida que a guarda compartilhada possibilite direitos e responsabilidades iguais frente à educação e desenvolvimento do filho. Dessa forma, visa-se a qualidade de vida do menor envolvido.

Estudos como os de Raupp (2008) e Luza (2008), autores utilizados nesta pesquisa, apontam que a guarda compartilhada está sendo estudada, no entanto não existem repostas definitivas em virtude de ser uma lei recente.

Em sua conclusão, Raupp (2008), percebeu o posicionamento desfavorável dos desembargadores frente à guarda compartilhada, e considerou como relevância provável a falta de informações científicas sobre o que ela pode gerar no futuro das crianças. Nesse sentido, são necessárias pesquisas voltadas a esse tema, para saber as possíveis implicações.

Já na conclusão de Luza (2008), os entrevistados, a princípio, se colocaram favoráveis em seus posicionamentos, alegando que o vínculo com os seus genitores seria o mais saudável para os filhos. Mas na prática as decisões são mais favoráveis às mães, por considerarem que elas possuem um vínculo maior com a criança.

Os resultados dessas pesquisas evidenciaram a necessidade de mais informações referente à sua aplicabilidade e as conseqüências na estruturação da nova família, bem como no desenvolvimento do menor envolvido nesse processo, haja vista que o seu surgimento é recente, portanto, carecendo de conhecimento sobre o tema, sobretudo no Brasil. Assim, cabe ressaltar a importância de se continuar a pesquisar sobre a guarda compartilhada, principalmente pelo fato de estar diretamente relacionada ao futuro da família.

Por fim, os resultados que poderão ser obtidos nessa pesquisa serão de relevância no âmbito social e científico. Considerando que poderão dar embasamento tanto para o magistrado que ao analisar determinado processo, estará imbuído de argumentos relevantes, que lhe fornecerão mais tranquilidade na decisão e também à família, a mais interessada nos resultados obtidos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Nesse capítulo é apresentada a contextualização dessa pesquisa. Para isso, são abordados temas considerados importantes na elucidação do problema de pesquisa proposto.

2.1 TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA E SUA INFLUÊNCIA NA GUARDA DOS FILHOS.

Uma breve contextualização histórica da família faz-se necessário, para que se possa entender a sua atual circunstância e de que maneira modificações ocorreram. Usos e costumes foram modificados ao longo do tempo e, disseminados pela sociedade e passaram a refletir, conseqüentemente, na forma de organização das famílias, com implicância direta sobre a guarda dos filhos. Não obstante, para que se possa compreender também como a temática referente à guarda dos filhos foi se modificando até chegar ao modelo de guarda compartilhada, deveremos retroagir nos modelos de estruturação histórica familiar.

Resgatando-se contextos da Idade Média, conforme discorrido por Ariés (1981), onde relata que no século XV, era comum que as crianças, a partir dos sete ou nove anos, saíssem de suas famílias e fossem colocadas nas casas de outras, com a finalidade de serem amamentadas por escravas que desenvolviam as funções tidas como “maternas”.

A criança era vista como substituível, como um ser produtivo que tinha uma função utilitária para a sociedade, pois a partir dos sete anos de idade era inserida na nova vida adulta e tornava-se útil na economia familiar, realizando tarefas, imitando os pais e suas mães, acompanhando-os em seus ofícios, cumprindo assim seu papel na coletividade. (ARIÉS, 1981)

Assim, a história da criança contada por Ariés (1981, p. 51), destaca que as crianças foram tratadas como adultos em miniaturas: na maneira de vestir-se, na participação ativa nas reuniões, festas e danças. Os adultos se relacionavam com as crianças sem discriminações. Falavam vulgaridades, realizavam brincadeiras

grosseiras, enfim, todos os tipos de assuntos dos adultos eram discutidos diante de crianças, posto que, na sociedade daquela época, não se acreditava na existência de uma inocência pueril ou nas diferenças características entre adultos e crianças.

Ingressavam, depois, no mundo dos adultos, e lá permaneciam por um período de sete a nove anos, executando todos os tipos de tarefas domésticas. Era uma permuta efetuada em todas as camadas sociais, já que essas famílias também recebiam crianças de outras, por considerarem ser mais fácil elas se educarem e aprenderem boas maneiras com os integrantes dessas outras famílias. Normalmente elas retornavam às suas casas de origem ao se tornarem adultas; entretanto, muitas vezes o regresso não ocorria, pois nessa época a frequência de óbito infantil registrados era grande². (ARIÉS, 1981)

Ainda de acordo com Ariés (1981, p. 225-226), “a família transformou-se profundamente na medida em que modificou suas relações internas com a criança”.

Depois do século XV, e durante toda a Idade Moderna, verificou-se o início da frequência das crianças em escolas que foram surgindo, notadamente aquelas fundadas e dirigidas por intermédio de Instituições religiosas de caráter filantrópico ou particular, quando a presença da mulher veio sendo requisitada pela sociedade em diversos postos de trabalho. (ARIÉS, 1981)

Isso ocorreu à medida que as famílias passaram a perceber que as crianças eram muito vulneráveis aos costumes da época e que, por isso, deveriam receber maior atenção e preocupação com a sua educação, dentro de um espaço específico, ou seja, a escola. Percebeu-se, ao longo dessas mudanças, que a escola era capaz de garantir o desenvolvimento da criança, intensificado na educação, como fator primordial para a convivência familiar e social de modo mais harmônico, ao atender a satisfação profissional dos membros das famílias. (ARIÉS, 1981)

Para Poster (1979, *apud* ABEICHE; RODRIGUES, 2005), os hábitos das famílias foram alterados significativamente, desde as famílias da Idade Média até o aparecimento da família nuclear³ na Idade Moderna, influenciados pela evolução dos

² É sabido, ao longo da história, a precariedade das condições de higiene durante a Idade Média, aliado ao fato da completa ausência de vacinas contra quaisquer enfermidades, notadamente aquelas que afetavam o mundo infantil.

³ Grupo familiar que compreende a mãe, o pai e os filhos que vivem juntos, em oposição a um conceito mais extenso, que inclui avós, primos, tios e tias. Hoje em dia, a família nuclear, supostamente o padrão das sociedades ocidentais, está ameaçada por uma elevada taxa de divórcios e por um número crescente de famílias onde há a presença só do pai ou da mãe.

costumes decorrentes das transformações políticas⁴ e econômicas⁵ ocorridas na sociedade. Na Idade Média, a autoridade patriarcal era absoluta e atribuía originalmente aos homens o papel de provedor do sustento e, às mulheres, a função de gerar filhos e de organizar a família.

Ainda de acordo com Poster (1979 p. 13, *apud* ABEICHE; RODRIGUES, 2005), a família nuclear burguesa, propriamente dita, surge como estrutura familiar dominante no século XX, estabelecendo-se sobre “a domesticidade, o amor romântico e o amor maternal, todos construídos em torno da privacidade e do isolamento” em virtude da situação econômica capitalista da época.

Carroles (2003, *apud* ABEICHE; RODRIGUES, 2005), discorre que, em função do desenvolvimento urbano na Idade Moderna, os grupamentos familiares eram compostos de todos os membros que compunham o clã. Depois, alguns membros dessas famílias migraram para as cidades, o que levou a uma alteração dos níveis de afetividade. Nesse contexto, a família nuclear surgiu como alternativa na busca de laços afetivos para suprir a ausência da sua comunidade familiar anterior.

Segundo o entendimento de Oliveira (2002), é temeroso, tanto para os historiadores como para os sociólogos, economistas e juristas os questionamentos sobre a origem e a evolução da família, considerando-se que, desde os primórdios da civilização, o ser humano, pelo seu instinto gregário, esteve relacionado à vida em grupo. Para o autor, a família é o organismo social mais importante desde que o homem desenvolveu o seu instinto gregário, em busca de segurança para si e para o grupo, porque é na família que ocorre a reprodução segura da única espécie dotada de inteligência do tipo racional.

Medeiros e Osório (2002) destacam que, em disciplinas como a Demografia e a Sociologia, a família é pesquisada levando-se em conta o grupo residente na unidade doméstica. Entretanto, na Antropologia, esse aspecto não é levado em conta, visto que a família é pesquisada através dos arranjos formados por um conjunto de pessoas, sejam quais forem seus laços de parentescos e não levando em consideração seu local de residência.

⁴ Queda das Monarquias e o surgimento do Estado moderno e idéias liberais.

⁵ Surgimento das fábricas e do capitalismo moderno.

Ainda, acerca disso, Simionato e Oliveira (2003, p. 58) relatam que a união ou estruturação familiar ocorre em decorrência “da intimidade, do respeito mútuo, da amizade, da troca e do enriquecimento conjunto”, independente de laços consangüíneos.

Diante disso, discorrendo acerca do que Roudinesco (2003) relata, a organização da família contemporânea baseia-se em três fenômenos sociais, a saber: 1) revolução da afetividade; 2) a “maternalização”⁶ da célula familiar, a qual predispõe um lugar especial para a criança na família, e; 3) a prática sistemática da contracepção que permite moldar a organização familiar de forma individualizada e planejada.

Relacionando a estruturação familiar, num contexto histórico, ao longo do século XX, a instituição família continuou a sofrer mudanças, principalmente com relação ao seu papel e composição. Mesmo com o surgimento de novos valores e tendências, nem sempre foi acompanhada pelo Estado. Se antes ele era omissivo, com essas mudanças, passou a se preocupar com as relações de família e suas alterações sociais, que se efetivam a despeito da lei. (OLIVEIRA, 2002; ENGELS, 2002; ARIÉS, 1981)

No Brasil, essa transformação teve início com o crescente desenvolvimento sócio-econômico do país, verificado a partir da década de 1960, onde a existência da educação pré-escolar era ministrada muito vagamente pelo poder público, sobretudo nas cidades de maior expressão de contingente urbano e foi, sem sombra de dúvidas, até a segunda metade do século XX, função específica legada diretamente à responsabilidade das famílias, as quais conduziam as suas crianças à Escola somente para o aprendizado da alfabetização, aos seis ou sete anos de idade. (LOBO, 2008)

A partir de então, assistiu-se a uma transformação que trouxe importante contribuição para a estrutura familiar conjugal moderna. A inserção das mulheres no mercado de trabalho, e ainda, da aprovação da lei do divórcio em 1977, considerada de grande relevância para o surgimento de uma nova família, denominada de pós-moderna (RIBEIRO, 2005).

⁶ Maternalização no sentido de que as mães é que são as provedoras principais da família contemporânea.

É nesse contexto que a mulher/mãe, figura central no processo de educação infantil familiar até então existente no modelo de sociedade patriarcal, vivenciado no país durante séculos, passa a exercer outras profissões fora do seu lar. Constata-se que essa transformação quebra o vínculo cultural e comportamental da sociedade, ao provocar a abertura e a expansão dos direitos e da liberdade da mulher, quando ela passa a exercer diversas profissões, quer sejam em escritórios, fábricas, no comércio e mesmo no setor público. (LOBO, 2008; RIBEIRO, 2005).

A estrutura de família patriarcal, adotada pelo Estado como modelo, desde a Colônia, o Império, e partir do século XX, teve o ponto mais alto da crise culminado com os valores inseridos pela Constituição de 1988. (LOBO, 2008)

A partir disso, ampliou-se o conceito de família, não mais limitado ao precedente do vínculo matrimonial. A união estável entre homens e mulheres foi reconhecida pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, como entidade familiar. E o § 4º do mesmo artigo, considera como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Este conceito foi ampliado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, denominando-a como natural, quando formada pelos pais ou qualquer um deles e também pelos seus descendentes. (ISHIDA, 2003).

A união familiar, segundo Ribeiro (2005), está intimamente ligada ao casamento, uma vez que os termos família e casamento nos concebem a idéia de união matrimonial entre duas pessoas, estando legalizadas ou não.

Berger e Kellner (1970, apud FÉRES-CARNEIRO, 2003), trazem que no casamento contemporâneo, o alto grau de intimidade e de afetividade contribuem para um maior envolvimento no relacionamento, permitindo que a vida seja experienciada com mais sentido. Uma vez que essas relações são formadas a partir da construção das identidades individuais dos cônjuges, ao mesmo tempo respeitando o desenvolvimento pessoal de cada um.

Segundo Araújo (2002), no Brasil, o casamento passou a ser reconhecido juridicamente após a proclamação da República, pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890. No entanto, as formalidades do casamento civil só foram aprovadas em 02 de setembro do ano seguinte, colocando a Igreja no papel secundário frente ao Estado e a constituição da família. Assim, contrariando as críticas da Igreja, a partir de 1889 houve adesão ao registro de casamento junto ao Juiz de Paz.

A partir do século XX, pode-se conviver com três tipos distintos de configuração familiar: a família tradicional, prevalecendo o aspecto financeiro

conjunto, autoridade paterna, ligação com a comunidade e com parentes; a família moderna (também chamada de psicológica), individualista, com um modelo mais nuclear, pouco contato com a comunidade e focada nos sentimentos e afetos; e, no final do século XX, surge a família pluralística (também chamada de pós-moderna) constituída de diversas possibilidades de configuração familiar (monoparental, reconstituída, etc.), possuindo mais flexibilidade e um caráter mais igualitário entre os indivíduos. (DOHERTY, 1992 apud JABLONSKI, 1998).

Travis (2003 apud RIBEIRO, 2005), ressalta que até pouco tempo era aceitável a mulher ter de casar cedo, pois poderia ser considerada “solteirona ou encalhada”. No final da década de 1980, amar era considerado fundamental para um relacionamento, e isso impulsionou homens e mulheres a formarem uma nova forma de conjugalidade, ou seja, a coabitação, que passou a ser considerada como uma recusa ao casamento institucionalizado.

Há momentos de crise em que a família não consegue resolver seus problemas, onde o sofrimento individual afeta toda a família, causando alterações na sua maneira de se relacionar. Isso acaba por interferir na estabilidade familiar, colocando em risco toda a sua estrutura. E quando essa família não consegue se reorganizar, geralmente busca a solução na separação. (CEZAR-FERREIRA, 2004)

A maioria dos cônjuges se divorcia por julgar o casamento muito importante. Uma vez que ele não mais corresponde às expectativas individuais esperadas pelo casal, estes consideram o divórcio como a melhor solução. Para os casais o divórcio não é uma desvalorização do casamento, ao contrário, significa que o valorizam, refletindo uma intensa exigência dos cônjuges, tanto que a grande parte dos divorciados se encaminha para um novo casamento. (FÉRES-CARNEIRO, 2003)

Cezar-Ferreira (2004), Jablonski (1998), Féres-Carneiro (2003), consideram que a ameaça da separação ou a própria separação, provoca grande ansiedade, indistintamente, tanto para o homem quanto para a mulher. E que a frustração, o fracasso, a mágoa e a solidão, são sentimentos vivenciados pelos dois, durante a desconstrução da conjugalidade.

Segundo Cezar-Ferreira (2004, p. 89) “separação judicial é aquela que é formalizada pelo Poder Judiciário, em contraponto à separação de fato, que decorre da simples ruptura da vida em comum”. A autora afirma, ainda, que a separação judicial pode ser consensual ou litigiosa e que na separação conjugal o matrimônio

não se desfaz, sendo interrompido por meio do divórcio. E que os direitos e deveres, o de serem fiéis mutuamente, e os regimes de bens relacionados à conjugalidade, finalizam.

Contudo, para Oliveira (2002), a família é a principal ligação no relacionamento social do homem, é através dela que ele passa a existir, recebendo a assistência indispensável para sua continuidade, preparando-se para os embates que o futuro lhe reserva em termos de subsistência, na constante busca do seu desenvolvimento pessoal e material, almejando o progresso.

2.2 GUARDA COMPARTILHADA

Com a ruptura do casamento ou da união estável, surge uma questão fundamental sobre como proceder em relação aos filhos nascidos desta união, uma vez que a família passará a viver em ambientes distintos.

Após a ruptura da relação parental a guarda é a forma dos pais continuarem exercendo a autoridade sobre os filhos, dando continuidade aos vínculos afetivos exercidos até o momento da separação. Ela não é definitiva, podendo ser revista a qualquer momento, sempre em decorrência do bem-estar da criança. (LEITE, 2003).

Grisard Filho (2000) considera que, com a ruptura dos vínculos familiares, surgem os problemas relacionados à responsabilidade parental e discorre sobre o assunto da seguinte maneira:

Enquanto a família, legítima ou natural, permanece física e efetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização). (GRISARD FILHO, 2000, p. 103).

Entre os diferentes tipos de guarda, abordar-se-á a guarda compartilhada, por ser o foco da presente pesquisa. Esse tipo de guarda concede aos genitores os mesmos direitos e deveres sobre o filho.

Cabe ressaltar a diferença entre guarda alternada e guarda compartilhada. De acordo com Lago e Bandeira (2009) a guarda alternada consiste na possibilidade de cada um dos genitores deterem a guarda por um determinado período, alternadamente, podendo variar entre dias a anos. Já a guarda compartilhada consiste na co-responsabilidade do dever parental, não implicando em alternância de lares.

Assim, considerando que com a ruptura do casamento ou da união estável, surge uma questão fundamental sobre como proceder em relação aos filhos nascidos desta união, uma vez que a família passará a viver em ambientes distintos. A guarda é a forma dos pais continuarem exercendo a autoridade parental, dando continuidade aos vínculos afetivos exercidos até o momento da separação. Ela não é definitiva, podendo ser revista a qualquer momento, sempre em decorrência do bem estar da criança. (LEITE, 2003).

Cabe ressaltar ainda de acordo com Assef (2004), que o dever de educar, garantir o sustento, até mesmo da guarda dos filhos, não é apenas dos pais, mas, sobretudo um dever do Estado presente na Constituição, não advindo, portanto, apenas da união matrimonial e do conseqüente nascimento dos filhos.

Gama (2008) acrescenta que a alteração da redação no § 1º do artigo 1.583 do Código Civil, estendeu estes direitos e deveres ao filho comum de qualquer união – casado e união estável construída no companheirismo. Nota-se que há necessidade de os processos de guarda que transitam no judiciário tenham maior celeridade, pois a criança envolvida em disputa de guarda precisa que esses procedimentos sejam de emergência. É importante que a justiça defina com rapidez os processos de guarda, a fim de se estruturar a família novamente, o que pode facilitar o desenvolvimento do menor envolvido, bem como facilitar as relações afetivas entre pais e filhos.

Levy (2006), afirma que a guarda compartilhada vem sendo utilizada há mais de 20 anos, em diversos países da Europa e dos Estados Unidos da América. Após o seu surgimento na Inglaterra, estendeu-se por vários países.

No Brasil ela vem sendo experimentada como:

único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. (LEVY, 2006, p. 10)

Segundo Lima (2006), na modalidade guarda compartilhada é possível conservar a parentalidade, especialmente se ela nasce de um acordo prévio ou pela mediação, onde os Mediadores de conflitos familiares têm a oportunidade de evidenciar as vantagens, decorrentes da guarda compartilhada, oferecendo aos genitores uma nova alternativa de guarda, com a precaução de que ela não pode ser imposta.

A autora prossegue esclarecendo que, para a sua aplicabilidade é necessário que haja harmonia entre eles, que suas residências sejam próximas e que tenham uma comunicação eficiente, salientando, ainda, que o importante é que haja uma concordância na sua implementação, também por parte da comunidade jurídica, ou seja, advogados, juízes, promotores e desembargadores. (Lima, 2006).

Por outro norte, segundo Leite (2003), Grisard Filho (2000), e Strenger (1991), a guarda compartilhada visa acima de tudo atender os interesses da criança após a ruptura da relação conjugal. Seu surgimento vem para equilibrar as diferenças parentais, ou seja, dividir as responsabilidades inerentes aos genitores após a separação considerando que ainda hoje a guarda na sua maioria é concedida à mulher. Ela visa preservar o relacionamento parental, considerando que após o término do vínculo afetivo do casal não deve comprometer a relação entre pais e filhos, ou seja, continuarem a ter uma relação eficaz e equilibrada.

Após a ruptura do relacionamento conjugal os filhos continuarão tendo o mesmo relacionamento com os pais, independente da moradia atual dos mesmos. As responsabilidades referentes à educação, a formação e ao desenvolvimento da criança, serão conduzidas igualmente pelos pais. Os pais deverão acordar a respeito da moradia da criança, o tempo de estada e as visitas do genitor que no momento não está morando com o filho. (Grisard Filho, 2000).

Cezar-Ferreira (2004), Leite (2003), Strenger (1991), atribuem benefícios decorrentes da guarda compartilhada, pois consideram como ponto a ser destacado, a aproximação dos filhos com os seus genitores. Entretanto, este tipo de guarda só é possível se a responsabilidade for igualmente dividida, não sobrecarregando somente um genitor.

Cabe salientar que a responsabilidade parental modificou-se ao longo dos anos em virtude das mudanças sociais e tecnológicas existentes. Diante disso, se antes havia uma tendência dos magistrados em conceder a guarda unilateral, principalmente às mulheres por considerá-las capacitadas no cuidado dos filhos,

hoje, já é possível a concessão da guarda compartilhada. Porém, observa-se ainda, a influência da cultura na decisão dos magistrados, onde estes atribuem à mulher melhor capacidade e habilidades para os cuidados básicos e práticas domésticas, consideradas importantes para o bem estar dos filhos. (GAMA, 2008)

Autores como Grisard Filho (2000), Levy (2006), Gama (2008), consideram que para o bom funcionamento da guarda compartilhada, para que ela alcance os seus objetivos, há a necessidade de que genitores propiciem ao filho um ambiente favorável, que consiga cultivar um diálogo considerado saudável, uma relação de respeito e principalmente acreditem na implementação da guarda compartilhada, para que ela seja um sucesso para todos os envolvidos e principalmente para o desenvolvimento equilibrado dos filhos.

Irving (1987, *apud* Ávila, 2004) aponta a existência de alguns mitos relacionados à guarda compartilhada que devem ser considerados e refletidos:

1. é um mito acreditar que os pais divorciados não podem ter uma relação de cooperação;
2. é um mito acreditar que a guarda compartilhada não é nada mais que uma guarda exclusiva à mãe com acesso livre e freqüente por parte do pai;
3. é um mito acreditar que filhos de pais separados necessitam somente de uma figura maternal ou paternal;
4. é um mito acreditar que a guarda compartilhada é acessível somente aos pais ricos;
5. é um mito acreditar que as duas residências devem estar próximas uma da outra para garantir o sucesso dessa modalidade de guarda;
6. é um mito acreditar que a chegada de um novo cônjuge vai acarretar o fracasso ou abandono da guarda compartilhada;
7. é um mito acreditar que os acertos da guarda compartilhada estão fadados ao fracasso e, com o tempo, não serão cumpridos. (IRVING, 1987, *apud* ÁVILA, 2004, p. 21).

Outro aspecto a ser considerado em relação à guarda compartilhada de acordo com Lago e Bandeira (2009) é que seu sistema não é aplicável a todos os casos de separação conjugal.

Saponesk (1991, *apud* Lago; Bandeira, 2009, p. 293) relata que é importante, no processo de guarda compartilhada, focar as necessidades dos filhos na separação conjugal. Para este autor trata-se de uma tarefa complexa, onde é preciso analisar fatores como “história do casal, as disputas pré e pós-divórcio, a idade dos filhos, os estilos de temperamento, a qualidade dos relacionamentos pais-

filhos, as habilidades de coping⁷ e o exercício da co-parentalidade”. E são esses fatores que definirão o sucesso ou não da guarda compartilhada.

2.3 A FUNÇÃO DOS MAGISTRADOS, OS ACÓRDÃOS E A JURISPRUDÊNCIA

Ao abordar a função dos magistrados e a função do discurso jurídico na intervenção em questões relativas à família, especificamente em processos relacionados à disputa de guarda compartilhada, trazemos a lume o que diz Cezar-Ferreira (2004, p.155),

A função do Poder Judiciário é fazer justiça. A Justiça deve estar a serviço da justiça. E ser justo, juridicamente, não significa apenas cumprir a lei, mas atender ao que ela dispõe, interpretando-a a favor do equilíbrio e do bem-estar social.

Segundo Dallari (2002, p. 95), “nunca existiu o direito fora da sociedade, assim como jamais existiu sociedade sem direito”. O ser humano é considerado associativo por natureza, em consequência não pode viver fora de um grupo social.

Em outra oportunidade, Dallari (1996, p. 85) considera que: “Antes de tudo o juiz é cidadão”. Ele é um agente público a serviço da sociedade e do Poder Judiciário, a ele é dado o poder de coação, de decisão e é sua a responsabilidade de se fazer cumprir a lei, sendo que suas decisões são legitimadas pela população.

Silva (1994), Dallari (2002), Nalini (2000), consideram que as sentenças proferidas, tanto pelos Juízes quanto pelos Desembargadores, podem afetar a vida familiar, pois ao tomar uma decisão, esses magistrados poderão comprometer o direito de liberdade, o convívio social e até os direitos relacionados ao patrimônio do indivíduo; portanto, as suas decisões deverão estar pautadas legalmente, desempenhando seu papel constitucional, decidindo com justiça.

Para Nalini (2000), o acesso à justiça é um movimento que vem se concretizando. Isso porque, há um contínuo esforço dos magistrados em abrir as portas da justiça a todos, principalmente aqueles considerados os excluídos. Aliado

⁷ Coping: Conjunto das estratégias utilizadas pelas pessoas para adaptarem-se a circunstâncias adversas ou estressantes. (ANTONIAZZI; DELL’AGLIO; BANDEIRA, 1998, p. 274).

a isso, está a reforma das normas do Poder Judiciário e dos processos. Nesse sentido a família brasileira se inclui no sistema judiciário ao buscar nele a legitimação de seus direitos relacionados ao tema direito de família.

Ainda segundo Nalini (2000, p. 55), “A justiça deverá estar mais aberta ao mundo social. Ela deve também impregnar-se da contribuição científica da sociologia e da psicologia”.

O autor ainda acrescenta que, o Juiz deve ter as características de um “bom mediador, sendo menos Juiz, mais pacificador social e conciliador”, utilizando esses recursos para agilizar o consenso entre as partes envolvidas no processo. (Nalini, 2000).

Adiante, prosseguimos apresentando a contextualização dos termos, Acórdão e Jurisprudência, com a compreensão de como estes podem ser formas de expressão do direito, e servirem de base para processos jurídicos, a fim de serem relacionados, posteriormente, na análise da guarda compartilhada, tema dessa pesquisa.

Silva (2009) define Acórdão como sendo “todas as decisões definitivas e finais, proferidas pelos tribunais”.

Diniz (2005) complementa dizendo que: “são decisões promulgadas por tribunal superior, através da tomada de votos dos magistrados que o compõem”. Cabe ressaltar que as decisões ou deliberações, são compostas por cinco Desembargadores, sendo um deles o Presidente do Colegiado e Relator.

A partir do entendimento de Acórdão, Silva (2009) define Jurisprudência como: “o conjunto de acórdãos de um tribunal, constituindo-se pacificamente quando, esta consta de decisões repetidas e coerentes para os mesmos casos e relações, submetidos ao veredicto do tribunal ao qual pertencem”.

Esses autores ressaltam que a Jurisprudência não se forma por decisões isoladas, mas por firmes e uniformes decisões.

Ainda, acerca da Jurisprudência, Federighi (1999, p. 79), ressalta:

A jurisprudência, para que possa ser efetivamente considerada como tal, deve consistir de uma verdadeira série de julgados, que tenham uma linha essencial de continuidade e coerência entre eles, ou seja, um número razoável de decisões de uma corte, que guardem coincidência quanto à substância das questões que sejam objeto de seu julgamento; A natureza jurídica da jurisprudência é a de fonte do Direito, ao contrário querem alguns juristas, consistindo, também, em forma de expressão do direito.

3 MÉTODO

3.1 QUANTO AO TIPO DE PESQUISA

Quanto ao seu objetivo, essa pesquisa se caracteriza, como exploratória. Nesse tipo de pesquisa o objetivo principal é “o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições” (GIL, 2002, p. 41) visando proporcionar maior familiarização com o problema.

Quanto ao seu delineamento se caracteriza como documental. Esse tipo de pesquisa “vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa”. Assim, diferencia-se da pesquisa bibliográfica no tipo de fonte colhida, pois na pesquisa documental os dados brutos obtidos são fontes para as análises da pesquisadora (GIL, 2002, p. 45).

3.2 FONTES DE INFORMAÇÃO

Foram utilizadas como fontes de informação da pesquisa os acórdãos, disponíveis no período compreendido entre 2008 e 2009, mais especificamente da data da promulgação da Lei da guarda compartilhada 11.698/08, em 15 de agosto de 2008 até o final do ano de 2009. Encontraram-se trinta e nove acórdãos referentes a pedidos de guarda compartilhada ou da sua possibilidade de concessão pelos Desembargadores. Esses acórdãos estão disponíveis no *site* do TJ/SC e no CD-ROM do volume 10 da mesma instituição, sendo este a última versão do TJ/SC.

3.2.1 Procedimento para Seleção das Fontes

A seleção das fontes se deu a partir de leituras dos acórdãos existentes no site do TJ/SC e CD-ROM 10 da mesma instituição. A partir disso, foram

selecionados os que compreenderam o início da promulgação da Lei 11.698/08 até o final do ano de 2009, e que em seu conteúdo trataram especificamente de indeferimentos proferidos por Desembargadores concernentes a guarda compartilhada, abrangendo todo o Estado de Santa Catarina.

Para isso, acessou-se o site do TJ/SC, clicou-se no link jurisprudência, digitou-se no item de pesquisa “Acórdãos do Tribunal de Justiça” a palavra “guarda compartilhada”. Abrindo outra página, digitou-se na opção “frase exata”, novamente a palavra “guarda compartilhada”, assim aparecendo somente os acórdãos relacionados. Na opção “período”, digitou-se a data em que iniciou a guarda compartilhada, ou seja, de 15 de agosto de 2008 até 31 de dezembro de 2009. Após isso, clicou-se em pesquisar e apareceram trinta e nove acórdãos, constantes no item 3.2 dessa pesquisa.

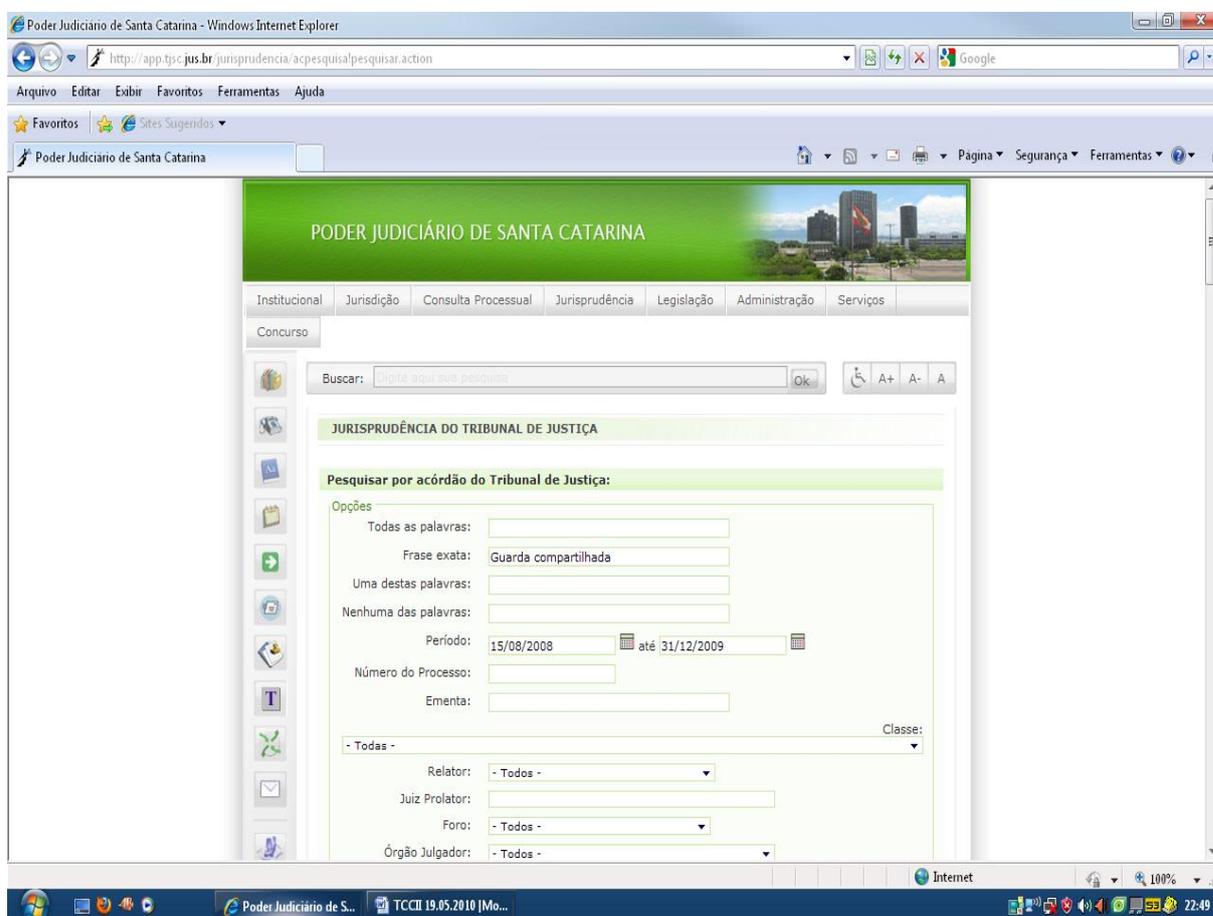


Figura 1: Página de busca avançada do TJ/SC
Fonte: TJ/SC, 2010.

3.3 EQUIPAMENTOS E MATERIAIS

Os equipamentos necessários à pesquisa foram: microcomputador com drive de CD-ROM, impressora, papel A4, rede de internet, marca texto, lápis.

3.4 SITUAÇÃO E AMBIENTE

A coleta de dados, bem como as análises dos mesmos ocorreu em uma sala climatizada, iluminada e fechada para outras pessoas, com mesa e cadeira, sem ruídos.

3.5 INSTRUMENTOS E PROCEDIMENTOS PARA COLETA DE DADOS

Os dados foram coletados diretamente do *site* do TJ/SC através do link jurisprudência. A seleção dos mesmos se deu mediante leitura prévia. No decorrer das leituras efetuadas utilizou-se como instrumento de coleta de dados o fichamento eletrônico, onde encontrou-se trinta e nove acórdãos. Nesse processo a pesquisadora coletou os dados e identificou que somente dezesseis acórdãos estavam relacionados com a pergunta problema da presente pesquisa.

3.6 ANÁLISE DE DADOS

A análise dos dados se deu mediante análise de conteúdo. Segundo Bardin (1977, p. 133) este tipo de análise “[...] fornece informações suplementares ao leitor crítico de uma mensagem [...]”. Ainda de acordo com esta autora, este tipo de análise pode apoiar-se em elementos constitutivos do mecanismo de comunicação como a mensagem e suporte ou canal. Esse tipo de análise também

se constitui como um tipo de instrumento capaz de investigar causas a partir de efeitos.

A análise de conteúdos realizou-se por meio de categorização.

A categorização é uma operação de classificação de elementos constitutivos de um conjunto, por diferenciação e, seguidamente, por reagrupamento segundo o gênero (analogia), com os critérios previamente definidos. As categorias, são rubricas ou classes, as quais reúnem um grupo de elementos (unidades de registro, no caso da análise de conteúdo) sob um título genérico, agrupamento esse efetuado em razão dos caracteres comuns destes elementos. (BARDIN, 1977, p.117)

As categorias foram definidas, mediante a coleta de dados armazenada no fichamento eletrônico. Essas categorias estão relacionadas aos objetivos propostos pela pesquisa. Para construção das categorias foram realizados recortes da jurisprudência do TJ/SC relacionadas à guarda compartilhada como anteriormente citado. As categorias criadas, bem como as amostras do conteúdo dos acórdãos foram inseridas em uma tabela criada, a partir do conteúdo armazenado no fichário eletrônico.

As categorias criadas por objetivos foram as seguintes:

OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORIAS
Identificar as justificativas utilizadas pelos desembargadores para indeferirem os pedidos de guarda compartilhada.	Desavença parental
	Alicerçado em estudo social
	Garantir o interesse do menor
	Conservação de vínculo afetivo
	Naturalização da maternidade
	Referendo a decisão do juiz
	Alternância de lares negativa
Identificar qual a participação dos psicólogos nos processos de indeferimentos de guarda compartilhada analisadas pelos desembargadores	Equilíbrio emocional do menor
	Alicerçado em estudo psicológico
Verificar qual a proporção de guardas são concedidas as mães e aos pais, nos processos de indeferimento de guarda compartilhada	Concessão de guarda à mãe
	Concessão de guarda ao pai

Quadro n.º 01: Categorias relacionadas aos objetivos específicos da pesquisa.

Fonte: Elaboração da autora, 2010.

4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE DADOS

Neste capítulo são apresentados os dados coletados concernentes à guarda compartilhada. Estes dados buscam responder ao objetivo geral, compreender as justificativas utilizadas pelos desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada e aos específicos da pesquisa, que são identificar as justificativas utilizadas pelos desembargadores para negar provimentos aos recursos da guarda compartilhada, identificar qual a participação dos psicólogos nos processos de indeferimentos de guarda compartilhada analisadas pelos desembargadores e verificar qual a proporção de guardas são concedidas as mães e aos pai, nos processos de indeferimento de guarda compartilhada. Busca-se assim, compreender as justificativas utilizadas pelos desembargadores para indeferirem a guarda compartilhada.

Cada subtítulo desta análise corresponde aos objetivos específicos da pesquisa a fim de se organizar os dados e apresentá-los de forma clara e coerente facilitando a compreensão dos mesmos.

4.1 JUSTIFICATIVAS UTILIZADAS PELOS DESEMBARGADORES PARA NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DA GUARDA COMPARTILHADA.

Nesse objetivo, apresentam-se as categorias criadas a partir de trechos extraídos dos acórdãos do TJ/SC. De acordo com o quadro 01, percebe-se que há categorias com freqüências iguais e mesmo as de menor freqüência estão imbricadas no sentido de uma interferir na justificativa da outra. Exemplo disso é a categoria **garantir os interesses do menor**, e a categoria de **conservação de vínculos afetivos**. A legislação estabelece que em casos de disputa judicial de guarda, o interesse do menor deve ser sempre o norte do processo, e a conservação dos vínculos afetivos da criança com seus genitores é importante para seu desenvolvimento físico e emocional. Isso gerou a categoria **equilíbrio emocional do menor**, porém em menor freqüência.

A partir do quadro 02 as análises dos dados desse primeiro objetivo seguem da categoria de maior frequência para a de menor frequência.

Categorias	U.C.E.	Frequência
Desavença parental	A guarda compartilhada somente deve ser concedida a partir do momento em que se verificar que os pais, mesmo após a separação, mantêm uma convivência saudável a fim de preservar o melhor interesse da criança. Observa-se que os pais da menor não convivem bem. (Acórdão n.º 2009.029949-1)	11
Alicerçado em estudo social	Sustentou que, embora o estudo social e o laudo psicológico desaconselhem a modificação da guarda , " <i>não haverá nenhum prejuízo ao menor em manter as partes equilíbrio na guarda</i> ", visto que é direito deste conviver com ambos os genitores. (Acórdão n.º 2007.047230-5)	09
Garantir o interesse do menor	Cabe frisar que a guarda da criança deve prevalecer com o genitor que demonstre possuir condições adequadas para a proteção e criação da criança, levando-se sempre em consideração os interesses do infante, que possui especial necessidades de assistência moral, material, educacional e afetiva. (Acórdão n.º 2008.038374-0)	09
Conservação de vínculo afetivo	Ressalta-se, por oportuno, que o menor continuará a manter contato com a recorrente por meio de visitas que foram regulamentadas na sentença a fim de preservar o vínculo do adolescente com a mãe. (Acórdão n.º 2007.047230-5)	07
Naturalização da maternidade	O ambiente mais adequado para a criação e educação da adolescente é com a mãe. (Acórdão n.º 2009.021391-0)	06
Referendo a decisão do juiz	A prevalência do princípio da confiança no Juiz da causa, que por estar próximo aos fatos e às pessoas envolvidas possui melhores condições de averiguar qual é a melhor solução para o conflito. (Acórdão n.º 2009.021918-7)	06
Alternância de lares negativa	A constante alternância de ambiente familiar gera para a criança certa instabilidade emocional e psíquica, o que prejudica seu normal desenvolvimento, de sorte que, não havendo nada nos autos que desabone a conduta do genitor, com ele é que o infante deve permanecer até a solução definitiva da lide. (Acórdão n.º 2007.018927-3)	04
Equilíbrio emocional do menor	Também sob o ponto de vista emocional, a doutrina não tem recomendado estabelecer a guarda compartilhada . Não sendo de bom alvitre retirá-lo desse convívio para entregá-lo ao convívio materno, pois isso importaria em radical mudança de hábitos e costumes que poderiam afetar o bem-estar físico e psíquico da criança. (Acórdão n.º 2007.018927-3)	03

Quadro n.º 02: Justificativas utilizadas pelos desembargadores

Fonte: Elaboração da autora, 2010.

A categoria mais encontrada nos acórdãos refere-se à **desavença parental**, que contempla falas de desembargadores que atribuem como fator relevante o convívio harmonioso entre os genitores para a concessão da guarda compartilhada.

Isto pode ser observado na seguinte decisão:

A guarda compartilhada somente deve ser concedida a partir do momento em que se verificar que os pais, mesmo após a separação, mantêm uma convivência saudável a fim de preservar o melhor interesse da criança. Observa-se que os pais da menor não convivem bem. (ACÓRDÃO N.º 2009.029949-1)

A partir disso, relacionando-se ao referencial teórico dessa pesquisa, percebe-se que os conflitos existentes entre o casal parental com o fim da conjugalidade ou relacionamento amoroso, são reeditados no pedido de guarda do menor. Cezar-Ferreira (2004), Jablonski (1998), Féres-Carneiro (2003), comentam sobre os sentimentos vivenciados pelos casais em separação, como frustração, fracasso, mágoa, solidão. Esses sentimentos geradores de conflitos aparecem como desavença parental, em que o sofrimento individual afeta a estrutura e maneira da família funcionar. Assim, a ruptura dos vínculos familiares, impõe outros problemas com os quais os genitores se deparam: a responsabilidade parental.

Lago e Bandeira (2009) apontam o aspecto de que a guarda compartilhada nem sempre é aplicável e torna-se importante avaliar a história do casal, e as disputas pré e pós-divórcio. Diante disso, relacionando a decisão dos desembargadores, nota-se que a justificativa de indeferimento de guarda compartilhada frente à desavença parental, visa atender ao interesse do menor em questão.

As desavenças parentais também podem ser fruto da forma como a família se estruturou. Conforme exposto no referencial teórico, a estrutura familiar se modificou ao longo da história, e deixou de ter a forma nuclear tradicional: pai mãe e filhos. A mulher também conquistou um lugar diferente na sociedade, ou seja, de cuidadora do lar, entrou no mercado de trabalho e assumiu outras funções além do cuidado da casa e da família. Isso colocou a mulher em igualdade com os homens.

Dessa forma, as desavenças parentais perpassam por interesses individuais, e não apenas o de garantir o que possivelmente seria o melhor para o filho gerado da relação afetiva entre o casal. Esta por sua vez, não é apenas

legalizada através do casamento, mas há outras formas de conjugalidade constituída ao longo da história conforme exposto anteriormente no referencial teórico dessa pesquisa.

Essas decisões são corroboradas pelas Assistentes Sociais, profissionais que tem participação expressiva nas decisões de processos relacionados à Vara da Família, sendo essa uma das categorias em destaque **alicerçado em estudo social**. Alguns desses processos necessitam da colaboração imprescindível de Psicólogos e Assistentes Sociais para que o magistrado possa efetuar decisões alicerçadas em análises. O acórdão de número 2007.047230-5 comprova essa necessidade:

Sustentou que, embora o estudo social e o laudo psicológico desaconselhem à modificação da **guarda**, "não haverá nenhum prejuízo ao menor em manter as partes equilíbrio na **guarda**", visto que é direito deste conviver com ambos os genitores.

Neste caso, a mãe com transtornos psicológicos teve seu pedido de guarda compartilhada indeferida, após o laudo dos referidos profissionais, que desaconselhavam a modificação da guarda, por considerarem prejudicial ao menor, que reside com o pai.

O desembargador reforça esse entendimento no acórdão n. 2009.021918-7, no qual o Procurador de Justiça considera que, "a questão da guarda compartilhada deve ser analisada na ação principal, pois é medida que depende de estudo social do caso e instrução para que se afira a forma de guarda mais benéfica ao menor". Assim entende-se que os profissionais que atuam nessas decisões, ou seja, Juízes, Psicólogos e Assistentes Sociais, são profissionais imprescindíveis nos Fóruns das comarcas, por serem profissionais habilitados nas análises e decisões desses processos, nos quais os requerentes comparecem, buscando profissionais comprometidos com a solução de conflitos relacionados à família.

No que tange a categoria referente a **garantir o interesse do menor**, percebe-se uma preocupação por parte dos magistrados em procurar adequar os interesses destes no sentido de conceder a guarda ao genitor que demonstrar maior competência para ficar com ela. No Acórdão de número 2008.038374-0, fica comprovada essa preocupação do desembargador relator, o qual menciona:

Cabe frisar que a **guarda** da criança deve prevalecer com o genitor que demonstre possuir condições adequadas para a proteção e criação da criança, levando-se sempre em consideração os interesses do infante, que possui especial necessidade de assistência moral, material, educacional e afetiva.

Após a ruptura conjugal, segundo Leite (2003), Grisard Filho (2000), e Strenger (1991), a guarda compartilhada visa acima de tudo atender os interesses da criança. Seu surgimento vem para equilibrar as diferenças parentais, ou seja, dividir as responsabilidades inerentes aos genitores após a separação. Os autores pontuam ainda que, como ponto a ser destacado da guarda compartilhada é aproximação dos filhos com seus genitores, por considerarem imprescindível para seu desenvolvimento emocional.

Diante disso, percebe-se que uma das maiores preocupações por parte dos magistrados está relacionada à categoria referente à **conservação dos laços afetivos**, por considerarem que eles não podem ser rompidos após a separação dos pais. Leite (2003) considera que a guarda é a forma de os pais continuarem exercendo a autoridade parental, dando continuidade aos vínculos afetivos exercidos até o momento da separação. Esta percepção é entendida por Cezar-Ferreira (2004, p.69) que acrescenta: “a relação entre pais e filhos não se extingue por nenhuma razão e de nenhuma forma, ainda que as aparências possam contrariar essa afirmativa”. Nesse sentido podemos apontar a justificativa do desembargador no Acórdão de número 2007.047230-5: “ressalta-se, por oportuno, que o menor continuará a manter contato com a recorrente por meio de visitas que foram regulamentadas na sentença a fim de preservar o vínculo do adolescente com a mãe”.

Percebe-se ainda, que mesmo em casos de guarda compartilhada e de guarda uniparental, na qual o pai é o guardião, através da categoria **naturalização da maternidade**, que os desembargadores ainda atribuem à mãe o papel de cuidadora natural e melhor preparada para assumir a tarefa de educação e cuidado dos filhos. Isso pode ser verificado no Acórdão de número 2009.021391-0 que considera “o ambiente mais adequado para a criação e educação da adolescente é com a mãe”. Conforme exposto no referencial teórico dessa pesquisa, o papel atribuído à mãe como cuidadora e pessoa melhor capacitada para o cuidado com o desenvolvimento do filho, foi construído historicamente, o que se percebe ainda nas decisões de magistrados. Embora o pai também tenha condições de exercer a

guarda, esta é concedida a mãe, possivelmente pelo fato de haver uma representação social do papel maternal no desenvolvimento do menor. Isso também pode ser observado na decisão do Acórdão n.º 2008.023008-5

Por isso, inexistindo provas desabonadoras do comportamento da mãe e não demonstrado nenhum prejuízo para a criança em decorrência de sua manutenção sob os cuidados da mãe, ante a consolidação deste fato após a separação do casal, alvitado é manter-se a **guarda** materna.

Percebe-se também que nessa categoria **naturalização da maternidade** vinculada a guarda compartilhada, Irving (1987, *apud* ÁVILA, 2004, p. 21) cita “é um mito acreditar que a guarda compartilhada não é nada mais que uma guarda exclusiva à mãe com acesso livre e freqüente por parte do pai”, ou seja, compartilhar a guarda não é a criança manter-se sob os cuidados maternos com a presença constante do pai, mas de ambos os genitores terem co-responsabilidades no desenvolvimento do menor.

No que refere à categoria **referendo ao juiz** esta aborda tanto a questão da decisão dos desembargadores serem as mesmas referenciando isso no processo, quanto o encaminhando dos desembargadores aos juízes para que estes julguem novamente o processo. Isso pode ser observado no acórdão n.º 2009.021918-7

A prevalência do princípio da confiança no Juiz da causa, que por estar próximo aos fatos e às pessoas envolvidas possui melhores condições de averiguar qual é a melhor solução para o conflito.

Os desembargadores referenciam os juízes em virtude destes, estarem mais próximos aos fatos ocorridos, tendo assim, melhores condições de julgar as questões que envolvem o processo e não necessariamente apenas a questão jurídica. Cezar-Ferreira (2004, p.155), pontua que o Poder Judiciário tem por função fazer justiça. “A Justiça deve estar a serviço da justiça. E ser justo, juridicamente, não significa apenas cumprir a lei, mas atender ao que ela dispõe, interpretando-a a favor do equilíbrio e do bem-estar social”. E, em determinados casos, os desembargadores atribuem aos juízes melhores condições de julgar visando o bem-estar do menor, tratando-se de guarda compartilhada.

Ainda sobre essa categoria, Nalini (2000, p. 55) acrescenta que, o Juiz deve ter as características de um “bom mediador, sendo menos Juiz, mais

pacificador social e conciliador”. Por essa característica, os desembargadores acabam por acatar a decisão dos juízes como coerentes, caso não haja erros de julgamento no que concerne a ferir alguma legislação do direito da família.

Outra categoria encontrada trata da alternância de lares. No Acórdão de número 2007.018927-3, o desembargador narrou que:

a constante alternância de ambiente familiar gera para a criança certa instabilidade emocional e psíquica, o que prejudica seu normal desenvolvimento de sorte que, não havendo nada nos autos que desabone a conduta do genitor, com ele é que o infante deve permanecer até a solução definitiva da lide.

A **alternância de lares negativa** é uma das categorias analisadas nos Acórdãos, por ser considerada uma das preocupações dos desembargadores ao analisarem pedidos de guarda compartilhada. Após a ruptura do relacionamento conjugal os filhos continuarão tendo o mesmo relacionamento com os pais, independente da moradia atual dos mesmos. As responsabilidades referentes à educação, à formação e ao desenvolvimento da criança, serão conduzidas igualmente pelos pais. Os pais deverão acordar a respeito da moradia da criança, o tempo de estada e as visitas do genitor que no momento não está morando com o filho (GRISARD FILHO, 2000).

Ao se falar em alternância de lares há de se falar também sobre a categoria **equilíbrio emocional do menor**, pois ambas estão imbricadas de certa forma, nas decisões dos desembargadores. Como um dos argumentos utilizados para não concederem a guarda compartilhada, está o equilíbrio emocional do menor, conforme pode ser percebido no acórdão n.º 2007.018927-3.

Também sob o ponto de vista emocional, a doutrina não tem recomendado estabelecer a **guarda compartilhada**. Não sendo de bom alvitre retirá-lo desse convívio para entregá-lo ao convívio materno, pois isso importaria em radical mudança de hábitos e costumes que poderiam afetar o bem-estar físico e psíquico da criança.

Os desembargadores consideram que em alguns casos: “sob o ponto de vista emocional, a doutrina não tem recomendado estabelecer a guarda compartilhada”. De acordo com o acórdão de número 2007.018927-3, a mudança de guarda para guarda compartilhada pode prejudicar o equilíbrio emocional do menor.

Esse argumento é contestado por autores como Grisard Filho (2000), Levy (2006), Gama (2008), pois estes consideram que para o bom funcionamento da guarda compartilhada, para que ela alcance os seus objetivos, há a necessidade de que genitores propiciem ao filho um ambiente favorável, hábil a cultivar um diálogo considerado saudável, uma relação de respeito e principalmente que acreditem na implementação da guarda compartilhada, para que ela seja um sucesso para todos os envolvidos e principalmente para o desenvolvimento equilibrado dos filhos.

4.2 IDENTIFICAR QUAL A PARTICIPAÇÃO DOS PSICÓLOGOS NOS PROCESSOS DE INDEFERIMENTOS DE GUARDA COMPARTILHADA ANALISADAS PELOS DESEMBARGADORES.

Esse objetivo visou contemplar a atuação de psicólogos nos processos de indeferimento de guarda compartilhada, ou seja, se há participação ou não e como ela ocorre.

Categoria	U.C.E	Frequência
Alicerçado em estudo Psicológico	A avaliação psicológica apontou que a mãe “não apresenta condições psicológicas favoráveis para assumir a guarda do menor, tendo em vista que a mesma necessita de tratamento medicamentoso contínuo para evitar possíveis crises (surto) que já ocorreram anteriormente”. (Acórdão nº 2007.047230-5)	02

Quadro n.º 03: Atuação dos psicólogos nos indeferimentos de guarda compartilhada.
Fonte: Elaboração da autora, 2010.

O que pode se perceber através da categoria alicerçado em **estudo psicológico** é que a atuação do psicólogo não está presente em todos os casos, como ocorre com os profissionais da assistência social. Contudo a participação do parecer do psicólogo influi diretamente na decisão dos desembargadores conforme se pode observar no Acórdão n.º 2007.047230-5

Sustentou que, embora o estudo social e o laudo psicológico desaconselhem a modificação da **guarda**, "não haverá nenhum prejuízo ao

menor em manter as partes equilíbrio na **guarda**", visto que é direito deste conviver com ambos os genitores.

De acordo com o referencial teórico da pesquisa em especial com Saponesk (1991, apud LAGO; BANDEIRA, 2009) é importante que no processo de guarda compartilhada diversos aspectos sejam avaliados de forma a garantir os interesses do menor. Diante disso, é fundamental avaliar de forma coerente, pois se trata de uma tarefa complexa, onde fatores como história de vida do casal, disputas pré e pós-divórcio, a idade dos filhos, os estilos de temperamento, a qualidade dos relacionamentos pais-filhos, as habilidades de adaptação dos membros que compunham essa família, ou seja, dos pais em processo de separação e dos filhos gerados dessa união, e a forma como os genitores exercem a co-parentalidade. Uma avaliação que contemple esses diversos fatores relacionais, emocionais, esses fenômenos psicológicos existentes no processo de guarda, seria possivelmente a mais adequada. E tratando-se de fenômenos psicológicos caberia ao psicólogo realizar esse trabalho.

Neste sentido é que Nalini (2000, p.55), considera que "A justiça deverá estar mais aberta ao mundo social. Ela deve também impregnar-se da contribuição científica da sociologia e da psicologia". O autor acrescenta que, o magistrado deve utilizar esses recursos para agilizar o consenso entre as partes envolvidas no processo.

Não é fácil haver um consenso, considerando que cada uma das partes envolvidas considera a sua verdade como única. Segundo Foucault (2002, p. 57). "Entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas matá-lo seguindo certas regras, certas formas". Significa dizer que o direito é formado por regras e procedimentos de acordo com o contexto, onde quem detém o poder determina qual é a verdade que deve prevalecer.

Relacionado a isso está a responsabilidade das decisões proferidas por juízes e desembargadores. Conforme exposto no referencial teórico estas podem afetar a vida familiar, e cabe ao magistrado estar embasado não apenas legalmente, mas também em pareceres de profissionais que possam indicar através de avaliações adequadas, quais os fatores estão envolvidos no processo de guarda compartilhada de forma a garantir os interesses do menor.

Considerando que na disputa de guarda os genitores podem utilizar mecanismos da alienação parental como vingança, provocada normalmente pelo

genitor detentor da guarda desequilibrando o relacionamento com o outro genitor que não ficou com a guarda.

Lago e Bandeira (2009) discorrem sobre a síndrome de alienação parental, em que o genitor detentor da guarda, “treina” o filho para que este rompa os laços afetivos com o outro genitor, criando no menor um desequilíbrio emocional, frente à relação afetiva com seus genitores. Isso ocorre geralmente com genitores que tiveram o processo de separação cercado de desavenças, não elaborando um luto adequado do término do relacionamento, podendo surgir então o desejo de vingança, onde para atingi-lo se utiliza dos filhos gerados desse relacionamento para atingir o genitor não detentor da guarda, fazendo com que o menor rompa os laços afetivos com seu pai ou mãe.

Diante disso cabe ao psicólogo ter uma escuta adequada de ambos os envolvidos no processo, incluindo a criança. Analisar todo o contexto dessa família que se encontra em disputa de guarda, verificando como eram as relações antes e após o divórcio, para que se possa identificar se o desequilíbrio gerado na relação com o genitor não detentor da guarda tem motivos concretos ou se trata da síndrome de alienação parental. Ressaltando que esta escuta irá influenciar no laudo psicológico, resultado da avaliação psicológica realizada para pedidos de guarda compartilhada. Pois, nesses casos para que o magistrado perceba alguma dificuldade da criança em se relacionar com este genitor, ele necessitará da atuação do psicólogo, uma vez que a escuta da criança nesse processo é relevante para que seu desenvolvimento emocional não seja prejudicado. Haja vista, conforme exposto no referencial teórico a jurisprudência não se forma por decisões isoladas, mas por firmes e uniformes decisões.

Portanto nota-se a importância do profissional de psicologia estar presente nos processos de guarda compartilhada. E observa-se também a forma como as decisões são proferidas, ou seja, através de jurisprudência. Diante disso, percebe-se que como a participação de profissionais da psicologia em Santa Catarina, na esfera jurídica, é recente, possivelmente decisões continuam sendo tomadas tendo como pressuposto decisões anteriores onde o psicólogo não atuava, o que poderia gerar novas decisões sem um embasamento adequado dos fatos e dos fenômenos psicológicos envolvidos na guarda compartilhada, ou na disputa de guarda.

4.3 VERIFICAR QUAL A PROPORÇÃO DE GUARDAS CONCEDIDAS AS MÃES E AOS PAIS, NOS PROCESSOS DE INDEFERIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA

Esse objetivo visou contemplar qual o posicionamento dos desembargadores na concessão da guarda unilateral, quando a guarda compartilhada foi indeferida, de forma a compreender se há prevalência de um dos genitores.

Categoria	U.C.E	Frequência
Guarda concedida à mãe	Por isso, inexistindo provas desabonadoras do comportamento da mãe e não demonstrado nenhum prejuízo para a criança em decorrência de sua manutenção sob os cuidados da mãe, ante a consolidação deste fato após a separação do casal, alvitado é manter-se a guarda materna. (Acórdão n.º 2008.023008-5)	11
Guarda concedida ao pai	Portanto, deve a guarda permanecer com o genitor, que demonstra ser pessoa apta a proporcionar o desenvolvimento material, moral e social adequado aos infantes. (Acórdão n.º 2009.021358-7)	05

Quadro n.º 04: Posicionamento de concessão a um dos genitores
 Fonte: Elaboração da autora, 2010.

Dos dezesseis acórdãos analisados verificou-se que onze foram concedidos a mãe e cinco concedidos ao pai. Constatando-se assim que a mãe continua a exercer de acordo com os desembargadores, papel fundamental na concessão da guarda dos filhos. Verifica-se que embora o referencial teórico não tenha contemplado estudos referentes a gênero, percebe-se a sua influência nas decisões dos magistrados, considerando que a proporção de guarda concedida a mãe foi maior que as concedidas aos pais.

No acórdão de n. 2009.029949-1 em que o genitor solicita o deferimento da guarda compartilhada, o mesmo obteve como resposta do desembargador a seguinte decisão:

a menor com dois anos de idade, necessita dos cuidados básico que só a mãe pode lhe prover, como a amamentação, devendo destacar, que com

essa idade, a criança é mais apegada a ela, razão pela qual deve permanecer sob seus cuidados todas as noites até que complete os dois anos e meio.

Cabe salientar que a responsabilidade parental modificou-se ao longo dos anos em virtude das mudanças sociais e tecnológicas existentes. Diante disso, conforme Gama (2008) se antes havia uma tendência dos magistrados em conceder a guarda unilateral, principalmente às mulheres por considerá-las capacitadas no cuidado dos filhos, hoje, já é possível a concessão da guarda compartilhada.

Porém, observa-se ainda, a influência da cultura na decisão dos magistrados, pois atribuem à mulher melhor capacidade e habilidades para os cuidados básicos e práticas domésticas, consideradas importantes para o bem estar dos filhos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema central dessa pesquisa se refere às justificativas de desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada. Para tanto se construiu um referencial teórico abarcando as transformações da família ao longo da história, a temática da guarda compartilhada e questões jurídicas como a função dos magistrados, acórdãos e jurisprudências. Cabe ressaltar que esta pesquisa teve delineamento documental e utilizou-se de 16 acórdãos como fonte de dados.

O objetivo geral desta pesquisa consistiu em compreender as justificativas utilizadas pelos Desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada.

Para que se pudesse atingir esse objetivo foram elaborados e atingidos 03 objetivos específicos desse trabalho, elucidados a seguir.

Acerca do objetivo específico *identificar as justificativas utilizadas pelos Desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada, nos acórdãos pesquisados*, observou-se em todos os processos o que se visa é garantir os interesses do menor em questão. Como um dos fatores mais recorrentes para o indeferimento da guarda apareceu à desavença parental, tendo em vista que para que esta seja possível é importante que os genitores tenham um relacionamento harmonioso, que garanta um ambiente adequado para que o menor possa se desenvolver física e emocionalmente. Percebeu-se também que o posicionamento de indeferimento dos desembargadores alicerça-se sobre laudos de profissionais como assistentes sociais e em menor frequência em laudos de psicólogos. Há também um reforçamento da decisão tomada pelo juiz, por este estar mais próximo aos fatos e em virtude disso, conseguir proferir uma sentença adequada. Notou-se ainda que há uma naturalização da maternidade, pois a mãe ainda é vista como a pessoa mais indicada para cuidar do menor em desenvolvimento. Contudo houve uma preocupação dos desembargadores frente à conservação dos vínculos afetivos que o genitor que não detém a guarda.

Sobre o objetivo *identificar qual a participação dos psicólogos nos processos de indeferimentos de guarda compartilhada analisadas pelos desembargadores*, nota-se a importância do profissional de psicologia estar presente

nos processos de guarda compartilhada. Percebeu-se que como a participação de profissionais da psicologia em Santa Catarina, na esfera jurídica, é recente, possivelmente decisões continuam sendo tomadas tendo como pressuposto decisões anteriores em que o psicólogo não atuava, o que poderia gerar novas decisões sem um embasamento adequado dos fatos e dos fenômenos psicológicos envolvidos na guarda compartilhada, ou na disputa de guarda.

No que concerne ao objetivo *verificar qual a proporção de guardas são as mães e aos pais, nos processos de indeferimento de guarda compartilhada*, observou-se a influência da cultura, na decisão dos magistrados. Haja vista que a questão de gênero perpassa por questões como sexualidade, papéis sociais desempenhados, fatores econômicos que se modificaram e se modificam ao longo da história gerando assim representações sociais da forma como homens e mulheres são percebidos na sociedade, bem como sua atuação no contexto familiar, do trabalho, entre outros. Os magistrados atribuem à mulher melhor capacidade e habilidades para os cuidados básicos e práticas domésticas, consideradas importantes para o bem estar dos filhos. Contudo em casos onde profissionais do serviço social e da psicologia atuam e em seus laudos atribuem melhores condições financeiras e emocionais a um dos genitores esses acabam recebendo a concessão de guarda unilateral.

Diante da apresentação dos objetivos específicos, e pensando-se nas temáticas estudada sobre família, conjugalidade, guarda compartilhada, função dos magistrados e acórdãos e jurisprudência, apresentadas no referencial teórico, cabe retomar a pergunta problema desta pesquisa a fim de respondê-la a partir dos dados apresentados. **Quais as justificativas utilizadas pelos Desembargadores para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada?**

Por meio das justificativas utilizadas pelos Desembargadores nos acórdãos e de quais argumentos se baseiam para negar provimento aos recursos da guarda compartilhada é possível verificar se as justificativas estão relacionadas ou não, ao entendimento da guarda compartilhada ou se o magistrado utiliza-se apenas de uma análise subjetiva.

Dessa forma, ao se produzir conhecimento científico, este poderá ser utilizado pelos profissionais envolvidos na área de atuação da temática da guarda compartilhada, de forma a melhorar ou até mesmo modificar a forma de intervenção nesses casos.

Referente às facilidades e dificuldades encontradas durante a realização dessa pesquisa, destaca-se como facilitadores o acesso aos documentos não necessitando da disposição de sujeitos para a realização da mesma. Como uma das dificuldades encontradas foi a leitura dos acórdãos, por tratar-se de escrita jurídica, onde os magistrados levam em consideração a análise através dos fatos, desconsiderando sua leitura por leitores leigos.

Por fim, percebe-se a necessidade de um maior número de pesquisas sobre guarda compartilhada haja vista sua recente promulgação e conseqüentemente recentes concessões. Uma sugestão para próximas pesquisas, seria investigar qual a percepção de filhos de casais que possuem guarda compartilhada. Seria possível também realizar estudo comparativo de percepção de filhos sob a guarda compartilhada e filhos sob a guarda unilateral, a fim de verificar diferenças e semelhanças e relacioná-las a representações sociais.

REFERÊNCIAS

ABECHE, Regina Peres Christofoll; RODRIGUES, Alexandra Arnold. **Família contemporânea, reflexo de um individualismo exacerbado?** In: ENCONTRO LATINO DOS ESTADOS GERAIS DA PSICANÁLISE, 4., 2005. Disponível em: <http://www.estadosgerais.org/encontro/IV/PT/trabalhos/Alexandra_Rodrigues_e_Regina_Abeche.pdf>. Acesso em: 16 out. 2009.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Guarda compartilhada, melhor para pais e filhos. **Revista Juristas**, João Pessoa, a. III, n. 92, set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2594>. Acesso em: 16 out. 2009.

ANTONIAZZI, Adriane Scomazzon; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco; BANDEIRA, Denise Ruschel. O conceito de coping: uma revisão teórica. **Estudos de psicologia (Natal)**, Natal, v. 3, n. 2, dez. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X1998000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 mar. 2010.

ARAUJO, Maria de Fátima. Amor, casamento e sexualidade: velhas e novas configurações. **Psicologia ciência e profissão**, Brasília, v. 22, n.2, p.70-77, jun. 2002. Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932002000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 16 out. 2009.

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 1. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1981.

ASSEF, Tatiana Cunha Moschete. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Ed. Harbra, 2004.

ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação familiar: formação de base**. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, maio 2004.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa, Edição 70, 1977.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 18 out. 2009.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação mediação: uma visão psicojurídica**. Ed. Método, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

_____. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da criança e do adolescente**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. ver. atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FEDERIGHI, Wanderley José. **Jurisprudência e Direito**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 1999.

FERES-CARNEIRO, Terezinha. Separação: o doloroso processo de dissolução da conjugalidade. **Estudos de psicologia (Natal)**, Natal, v. 8, n. 3, p. 367-374, dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2003000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade. **Psicologia: reflexão e crítica**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000200014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 out. 2009.

FOCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de processo civil**. 35. ed. São paulo:malheiros, 2009. 160 p. (Coleção Resumos; v. 4) ISBN (Broch.)

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito da família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

IBDFAM. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30 de ago. 2009.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Direito de Famílias e sua interpretação doutrinária e jurisprudência**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

JABLONSKI, Bernardo. **Até que a vida nos separe**: a crise do casamento contemporâneo. Rio de Janeiro: Ed. Agir, 1998.

JUSBRAZIL. Nova Lei da guarda compartilhada já está valendo. 2008. **Notícias**, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/95981/nova-lei-de-guarda-compartilhada-ja-esta-valendo>>. Acesso em: 16 set. 2009.

LAGO, Vivian de Medeiros; Bandeira, Denise Ruschel Bandeira. **Psicologia Ciência e Profissão**, v. 2, n. 29, p. 290-305, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEVY, Laura Affonso da Costa. O estudo sobre a guarda compartilhada. **Revista Juristas**, João Pessoa, a. III, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2691>. Acesso em: 16 out. 2009.
LIMA, Suzana. B.V. Guarda Compartilhada: Aspectos teóricos e práticos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, jul/set. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero34/artigo04.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2009.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008

LUZA, Raquel. **A busca pela manutenção da parentalidade: um estudo sobre a guarda compartilhada, do Curso de Psicologia da UNISUL – Campus Pedra Branca. 2008. 66 f.** Monografia (Graduação em Psicologia) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2008.

MEDEIROS, Marcelo; OSÓRIO, Rafael. Mudanças nas famílias brasileiras: a composição dos arranjos domiciliares entre 1978 e 1998. **Texto para discussão**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, n. 886, jun. 2002. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/td_0886.pdf>. Acesso em 16 out. 2009

MELO, Maria Marli Castelo Branco. Guarda Compartilhada: novo padrão contemporâneo do direito de família, **IBDFAM**, 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=453>>. Acesso em: 30 de ago. 2009.

MENEZES, Clarissa C.; LOPES, Rita de C. S. A transição para o casamento em casais coabitantes e em casais não-coabitantes. **Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano**, São Paulo, v. 17, n. 17, p. 52-63, abr. 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822007000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 24 out. 2009.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família: e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.

PODER JUDICIARIO DE SANTA CATARINA. **Sobre o serviço de mediação familiar**. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/serv_mediacao.htm>. Acesso em: 14 set. 2009.

RAUPP, Fabrício Antônio. **Pode haver término da relação conjugal, mas a parental é para sempre: Um estudo sobre guarda compartilhada, do curso de**

Psicologia da UNISUL – Campos Pedra Branca. 2008. 49 f. Monografia (Graduação em Psicologia) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2008.

RIBEIRO, Rosa Maria Ferreira. **Adoção emocional em famílias de recasamento:** um estudo sobre a construção das relações afetivas entre padrastos/madras e seus enteados. Rio de Janeiro, 2005

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado:** a luz do direito comparado. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1994.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico.** Atualizado por FILHO, Nagib Slaidi; CARVALHO, Gláucia. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. In: ENCONTRO PARANAENSE DE PSICOPEDAGOGIA (ABPPPR): **Funções e Transformações da Família ao longo da história.** 1 nov./2003. Disponível: <[http://www.din.uem.br/~ulpeneto/outros/abppprnorte%20\(teste\)/pdf/a07Simionato03.pdf](http://www.din.uem.br/~ulpeneto/outros/abppprnorte%20(teste)/pdf/a07Simionato03.pdf)>. Acesso em 20 mar. 2010.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** volume I – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. xiv, 841 p. ISBN (enc. v. 1).

APÊNDICE A – FICHAMENTO ELETRÔNICO

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2009.021918-7	S6	A prevalência do princípio da confiança no Juiz da causa, que por estar próximo aos fatos e às pessoas envolvidas possui melhores condições de averiguar qual é a melhor solução para o conflito.	Referendo a decisão do juiz
2009.021918-7	S6	A criança sempre esteve em companhia da mãe, assim modificar uma situação já consolidada, com laços afetivos criados por ambas as partes, é que causaria prejuízo.	Naturalização da maternidade
2009.021918-7	S6	A alteração da rotina da criança, na maior parte dos casos essa alternância de lares causa traumas dificilmente recuperáveis no emocional da pessoal. Principalmente quando se dão em idade insuficiente à compreensão correta da real circunstância.	Alternância de lares negativa
2009.029949-1	S1	A guarda compartilhada somente deve ser concedida a partir do momento em que se verificar que os pais, mesmo após a separação, mantêm uma convivência saudável a fim de preservar o melhor interesse da criança. Observa-se que os pais da menor não convivem bem.	Desavença parental
2009.029949-1	S1	No momento a concessão de guarda compartilhada não é viável, pelo menos por ora, havendo modificação dos fatos no decorrer processual, nada impede que esta seja determinada.	Garantir os interesses do menor
2009.029949-1	S1	Portanto, estando a mãe com a guarda da menor, certo é que o pai pode e deve visitá-la, a fim de conservar a relação afetiva existente entre eles, como bem reconhecido na decisão recorrida.	Conservação de vínculos afetivos
2009.018055-6	S1	A sucessiva alternância de ambiente familiar pode gerar para o infante insegurança e instabilidade emocional, sendo esta mais uma razão para manter a criança com a mãe.	Equilíbrio emocional do menor

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2009.018055-6	S1	A convivência do filho com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento sadio e regular do infante, cujos interesses devem ser resguardados com primazia, cabendo àquele que não detém a guarda, o direito e o dever de participar da vida dos filhos.	Conservação de vínculos afetivos
2008.011613-2	S4	Os pais não possuem convívio harmonioso ou pacífico. A constante alternância de ambiente familiar gera para a criança certa instabilidade emocional e psíquica, o que prejudica seu desenvolvimento.	Desavença parental
2008.011613-2	S4	Nas questões de guarda o interesse do menor se sobrepõe a vontade de seus genitores.	Garantir os interesses do menor
2008.011613-2	S4	Por estar próximo, o Juiz tem condições reais de avaliar o estado emocional de cada parte.	Referendo a decisão do juiz
2008.011613-2	S4	Convivência vivida pelo casal é delicada, não havendo sinal de restabelecimento de uma convivência normal entre eles.	Desavença parental
2008.011613-2	S4	Inexistência de elementos que desabonem a conduta da mãe, para a modificação de guarda.	Naturalização da maternidade
2008.040859-2	S4	No tocante à irresignação de C. G. acerca da guarda do filho menor, tal pretensão não deve ser examinada por ora, não tendo a matéria sido agitada no primeiro grau, e não contemplada no círculo delimitado pelo contido no despacho atacado. Assim, deixo de apreciar o pedido de modificação de guarda feito pelo agravante, por não ter sido examinado pela juíza de primeiro grau.	Referendo a decisão do juiz
2008.042416-3	S5	A convivência entre os genitores não é harmoniosa, de forma a viabilizar o consenso quanto à criação e educação do filho comum.	Desavença parental
2008.042416-3	S5	A mãe não concorda com a guarda compartilhada, o que reforça ser incabível a sua fixação, sob pena de formentar maiores conflitos entre os pais e prejudicar o saudável desenvolvimento do menor.	Desavença parental

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2008.042416-3	S5	Nesse contexto, a guarda do filho deve ser mantida com a genitora, atendendo o disposto no art. 1.584 do CC, sendo esta a solução que melhor atende os interesses do menor.	Naturalização da maternidade
2009.021358-7	S4	Compartilhamento não recomendável, conclui-se que a relação entre os pais jamais foram harmoniosas.	Desavença parental
2009.021358-7	S4	Estudo social indica que o casal não possui um bom relacionamento, visto que levam ressentimentos da separação do casal e da disputa da guarda dos filhos.	Alicerçado em estudo social
2009.021358-7	S4	Não sendo correto submetê-los a constantes mudanças de ambiente, causando às vezes instabilidade emocional, devendo priorizar-se o interesse dos menores para todo e qualquer efeito.	Alternância de lares negativa
2009.021358-7	S4	Portanto, deve a guarda permanecer com o genitor, que demonstra ser pessoa apta a proporcionar o desenvolvimento material, moral e social adequado aos infantes.	Garantir os interesses do menor
2009.021358-7	S4	De percuciente análise do processo, pode-se concluir que as relações entre os pais de B e C jamais foram harmônicas, a não recomendar o compartilhamento da guarda .	Desavença parental
2007.018927-3	S4	Estudo social feito na casa do pai, constata que a criança encontra-se em uma casa ampla, tranqüila, de propriedade dos avós paternos, apresentando boas condições de habitação. Na ocasião da visita, a assistente social salientou que a criança “aparenta ser uma criança bem cuidada”.	Alicerçado em estudo social
2007.018927-3	S4	O menor deverá continuar em contato com seus outros irmãos e com a mãe.	Conservação de vínculos afetivos

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2007.018927-3	S4	A guarda compartilhada não é possível, pois essa forma de cuidado com o filho apenas tem sucesso com os pais que possuem um convívio harmônico e pacífico.	Desavença parental
2007.018927-3	S4	O estudo social feito na residência do apelado constata que a criança encontra-se em uma casa ampla, tranqüila e construída em alvenaria, de propriedade dos avós paternos, apresentando boas condições de habitação.	Alicerçado em estudo social
2007.018927-3	S4	Também sob o ponto de vista emocional, a doutrina não tem recomendado estabelecer a guarda compartilhada . Não sendo de bom alvitre retirá-lo desse convívio para entregá-lo ao convívio materno, pois isso importaria em radical mudança de hábitos e costumes que poderiam afetar o bem-estar físico e psíquico da criança.	Equilíbrio emocional do menor
2007.018927-3	S4	A constante alternância de ambiente familiar gera para a criança certa instabilidade emocional e psíquica, o que prejudica seu normal desenvolvimento, de sorte que, não havendo nada nos autos que desabone a conduta do genitor, com ele é que o infante deve permanecer até a solução definitiva da lide.	Alternância de lares negativa
2007.018927-3	S4	Logo, tem-se que o filho menor dos litigantes encontra-se bem adaptado ao convívio do apelado e de sua família, faltando motivação para a pretendida mudança de guarda ou seu compartilhamento.	Garantir os interesses do menor
2007.018927-3	S4	Contudo, não se pode tirar da mãe e dos irmãos de L. o direito de com ele conviver, razão por que andou bem a Magistrada ao conceder à apelante, na forma estabelecida na sentença, o direito de avistar-se, periodicamente, com L. da L. M., podendo levar consigo os irmãos do menor.	Referendo a decisão do juiz

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2007.018927-3	S5	De acordo com o estudo social realizado na residência do requerido nos autos da Ação de Guarda , o alimentante possui condições de contribuir com o valor de um salário mínimo para o sustento de sua filha menor.	Alicerçado em estudo social
2007.018927-3	S5	Contudo, conforme consta nos autos, não obstante o acordo, a guarda passou a ser exercida exclusivamente pela mãe, o que, por si só, reduziu o ônus alimentar do requerido e, por outro lado, impôs à genitora encargo maior e mais difícil de ser suportado.	Naturalização da maternidade
2009.021391-0	S2	Estudo social feito com a mãe, pai, avó materna, adolescente e visita domiciliar e institucional, demonstraram que a adolescente de 16 anos, reside com a mãe e tem suas necessidades básicas atendidas. Está estudando mas apresenta problemas de aprendizagem.	Alicerçado em estudo social
2009.021391-0	S2	A adolescente optou em ficar com a mãe, considerou que o pai está sempre trabalhando.	Garantir os interesses do menor
2009.021391-0	S2	O ambiente mais adequado para a criação e educação da adolescente é com a mãe.	Naturalização da maternidade
2008.023008-5	S4	A despeito de nada macular a conduta paterna, pelo menos até aqui, não se lhe pode dar razão, pois o estudo social, realizado por ordem judicial, nem sequer admite a guarda compartilhada , não havendo por que inverter-se, agora, a guarda da criança.	Alicerçado em estudo social
2008.023008-5	S4	Por isso, inexistindo provas desabonadoras do comportamento da mãe e não demonstrado nenhum prejuízo para a criança em decorrência de sua manutenção sob os cuidados da mãe, ante a consolidação deste fato após a separação do casal, alvitado é manter-se a guarda materna.	Naturalização da maternidade

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2008.023008-5	S4	Observa-se, no mais, que, mesmo após ter sido mantido por um período sob a guarda do pai em razão da liminar, o menor manifestou ao juízo preferência por permanecer junto à mãe. Assim disse: “que tem bom relacionamento com os pais, Autor e Requerida, ficando a vontade em qualquer dos locais que fica sob a guarda deles; que entretanto, entre os dois, prefere a convivência com a mãe”. A vontade do menor, portanto, quando aliada à demonstração de que dela não decorrem prejuízos, deve ser relevada e respeitada.	Garantir os interesses do menor
2008.038374-0	S4	No caso sob análise, à falta de motivos para alterar a guarda , mais coerente parece ser a manutenção da guarda do filho com seu pai, observado, entretanto, se possível, o direito de visita da mãe.	Conservação de vínculos afetivos
2008.038374-0	S4	Cabe frisar que a guarda da criança deve prevalecer como o genitor que demonstre possuir condições adequadas para a proteção e criação da criança, levando-se sempre em consideração os interesses do infante, que possui especial necessidades de assistência moral, material, educacional e efetiva.	Garantir os interesses do menor
2008.038374-0	S4	Há que se ressaltar também que no decorrer desses dois anos a criança já deve estar perfeitamente integrada ao convívio familiar paterno e com a nova família, por ele constituída. Dessa forma, não há dúvidas que a manutenção da guarda da criança com o pai atende o bem-estar da mesma.	Conservação de vínculos afetivos
2008.038374-0	S4	Por essas razões, impõe-se manter a guarda com o pai, por se tratar da mais adequada solução, porquanto atende melhor aos interesses da criança, sob os cuidados paternos desde a separação do casal em 2005	Garantir os interesses do menor

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2007.047230-5	S8	Sustentou que, embora o estudo social e o laudo psicológico desaconselhem a modificação da guarda , " <i>não haverá nenhum prejuízo ao menor em manter as partes equilíbrio na guarda</i> ", visto que é direito deste conviver com ambos os genitores.	Alicerçado em estudo psicológico
2007.047230-5	S8	No entanto, o contexto fático e as provas carreadas aos autos demonstram que a manutenção da guarda do menor com o pai é medida que resguarda o melhor interesse deste.	Garantir os interesses do menor
2007.047230-5	S8	O fato é que, apesar de a recorrente afirmar veementemente estar recuperada de seus problemas de saúde, a avaliação psicológica apontou que ela " <i>não apresenta condições psicológicas favoráveis para assumir a guarda do menor, tendo em vista que a mesma necessita de tratamento medicamentoso contínuo para evitar possíveis crises (surtos) que já ocorreram anteriormente</i> " (fl. 115).	Alicerçado em estudo psicológico
2007.047230-5	S8	Com efeito, a dependência financeira e, principalmente, os problemas de saúde da apelante, por si só, desautorizam a modificação de guarda pretendida, porque evidenciado que os transtornos psicológicos dos quais a recorrente é vítima já causaram problemas à saúde psíquica do filho, o que é presumível em vista das notícias de agressões verbais e falta de afeto e carinho. Assim, a alegação de melhora no seu quadro clínico não se concretizou. Ao contrário, restou demonstrado que seu estado de saúde não permite exercer adequadamente a guarda do menor G. de L. M.	Equilíbrio emocional do menor
2007.047230-5	S8	Como se vê, o convívio com a família paterna afigura-se salutar para o desenvolvimento do menor, mormente porque está inserido num lar emocionalmente estável, cujos integrantes lhe proporcionam toda assistência material e emocional.	Conservação de vínculos afetivos

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2007.047230-5	S8	Igualmente, o estudo social revela que o adolescente rejeita a possibilidade de voltar aos cuidados maternos. À vista disso, a vontade exteriorizada pelo menor de permanecer sob a guarda de seu pai e avós deve ser priorizada, pois, contando o adolescente com 15 anos de idade, é certo que possui discernimento suficiente para escolher em qual lar sente-se pleno e feliz. Aliás,	Alicerçado em estudo social
2007.047230-5	S8	Além disso, como bem observou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Mário Gemin, <i>"não tendo, a apelante, produzido qualquer prova capaz de desabonar a conduta dos recorridos e tendo em mente que os documentos colacionados aos autos apontam para o fato de que o menor está recebendo tratamento adequado ao seu especial estágio de desenvolvimento, entende-se que é de se privilegiar o entendimento do Magistrado singular, que mantém contato mais próximo com as partes e com a realidade por elas vivenciadas."</i> (fl. 168-v)	Referendo a decisão do juiz
2007.047230-5	S8	Ressalta-se, por oportuno, que o menor continuará a manter contato com a recorrente por meio de visitas que foram regulamentadas na sentença a fim de preservar o vínculo do adolescente com a mãe.	Conservação de vínculos afetivos
2008.046506-6	S3	A guarda compartilhada é desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas.	Desavença parental
2008.046506-6	S3	Parecer da Assistente Social sugere que a guarda da menor de 5 anos fique com a mãe, com quem reside desde a separação.	Alicerçado em estudo social
2008.046506-6	S3	Não há dúvida de que a constante alternância de ambiente familiar gerará, para a menor, insegurança e instabilidade emocional, devendo seu interesse prevalecer.	Alternância de lares negativa

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2008.046506-6	S3	<p>No caso em apreço, inegável é, que há muitas adversidades entre as partes, extraindo-se ainda do parecer do estudo social que descreve a situação sócio-familiar de F. e D, pais de B.:</p> <p>Como bem destacou o representante do Ministério Público em seu parecer de fls. 60 e 61: "<i>quanto à guarda da filha, em que pese o pleito formulado pelo requerido, de guarda compartilhada, acompanhamos o parecer da Sra. assistente social, em seu estudo, tendo em vista que a modalidade de guarda sugerida pelo genitor somente alcançaria os efeitos desejados, revertendo-se em favor da filha B., se não existissem tantos conflitos entre as partes. Dessa forma, posicionamo-nos pela concessão da guarda da menor em favor da requerente, com a qual reside desde a separação do casal</i>".</p>	Alicerçado em estudo social
2008.046506-6	S3	<p>Ainda, para corroborar com os pareceres transcritos acima, é oportuno destacar o que consignou o MM. Juiz de Direito: "<i>não há dúvida de que a constante alternância de ambiente familiar gerará, para a menor, insegurança e instabilidade emocional, devendo seu interesse sempre prevalecer em questões dessa natureza</i>". Deste modo, mantém-se a guarda da menor B. M. T. exclusivamente à genitora.</p>	Referendo a decisão do juiz
2008.024082-8	S7	<p>No entanto, compulsando-se os autos, é percebida a ausência desses pressupostos, restringindo-se o fundamento ensejador do pedido em meras alegações, afirmando, ademais, o agravante que a ação fora proposta unicamente com o intuito de ver sanada a ganância de sua ex-companheira.</p>	Desavença parental

Acórdão	Relator	Justificativa do Desembargador	Categorias
2006.018861-8	S5	Citada, a requerida ofereceu contestação confirmando os fatos narrados na inicial, postulando que o imóvel do casal seja vendido somente após o encerramento de sua faculdade. Discorreu sobre questões patrimoniais e, no tocante ao filho do casal, disse não ter condições de pagar a pensão mensal postulada pelo autor e pediu a guarda compartilhada do mesmo, com a regulamentação do direito de visitas. Em audiência de instrução e julgamento as partes acordaram parcialmente, deixando à apreciação do togado a quo, exclusivamente, a solução quanto à alienação do bem imóvel pertencente ao casal, transigindo no tocante às demais questões controvertidas.	Desavença parental

POSICIONAMENTO DOS DESEMBARGADORES FRENTE À CONCESSÃO DE GUARDA

Concessão à mãe	11
Concessão ao pai	5

Desembargadores	Número de Acórdão por Desembargadores
S1	2
S2	1
S3	1
S4	6
S5	3
S6	1
S7	1
S8	1
TOTAL	16