

PSICOLOGIA FORENSE E A IMPORTÂNCIA DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS RELACIONADOS À GUARDA COMPARTILHADA PERANTE AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO CONTEXTO FAMILIAR¹

Amélia de Fátima Sottomaior Vaz Meister²

Resumo: Este artigo teve como objetivo demonstrar a relevância da Psicologia Forense tendo em vista a complexidade das situações que surgem nas diversas áreas do Direito em virtude das mudanças que vêm ocorrendo na sociedade e na família, especialmente nos casos de guarda compartilhada de crianças e adolescentes. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica abordando aspectos gerais da Psicologia Forense, as principais formas de integração entre o Direito e a Psicologia, com ênfase para o Direito de Família. Para melhor abranger o tema da guarda compartilhada, foram apresentados um breve histórico das transformações familiares e um comentário sobre as tentativas legislativas para diminuir as consequências negativas dos divórcios e das separações no desenvolvimento dos filhos menores. A guarda compartilhada foi comparada com outros tipos de guarda, assim como foram apresentadas as controvérsias existentes na lei que a ampara, a Lei nº 11.698/2008, a Lei da Guarda Compartilhada. Ao final procurou-se evidenciar a relevância da avaliação psicológica para o atendimento do princípio do melhor interesse da criança; princípio que norteia o ordenamento jurídico nacional em relação às crianças e ado-

¹ Este artigo é fruto da Dissertação de Mestrado em Psicologia Forense, da Universidade Tuiuti do Paraná, intitulado: “Aplicação da Guarda Compartilhada após a Lei n.º 11.698/2008”.

² Advogada, Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Psicologia Forense.

lescentes.

Palavras-chave: Psicologia Forense, guarda compartilhada, família

Abstract: This paper aimed to demonstrate the relevance of Forensic Psychology considering the complexity of the situations that arise in various areas of law caused by the changes that have occurred in society and the family, especially in cases of custody of children and adolescents. For this purpose, a literature review was performed, covering general aspects of Forensic Psychology, the main forms of integration between law and psychology, with emphasis on Family Law. Also, to better enter the issue of shared custody was presented a brief history of family transformations and comment about legislative attempts to reduce the negative consequences of divorce and separation in the development of minor children. The shared custody was compared with other types of custody, and have been shown some controversies in the Law 11.698/2008, nominated Law of Joint Custody. At the end, the relevance of psychological assessment was evinced, to comply the principle of the best interests of the child, guiding principle of national children and adolescents' laws.

Keywords: Forensic Psychology, joint custody, family



Psicologia Forense é a área da Psicologia que visa estudar e compreender o comportamento humano em situações nas quais exista um envolvimento com a Justiça, especialmente com a lei civil ou criminal. Conforme comentam Bartol e Bartol (2008), parte dos autores define a Psicologia Forense como a pesquisa e aplicação dos estudos da psicologia ao sistema legal, outros, numa definição mais limitada, reduzem a

prática e aplicação da Psicologia Forense como se ela estivesse subordinada ao sistema jurídico.

Vale evidenciar que Psicologia e Direito são áreas que têm por princípio o cuidado com a conduta das pessoas, portanto, são áreas que subsidiam uma à outra, as quais “devem coexistir uma vez que seus objetivos são distintos, buscando atender a propósitos diferenciados, mas também complementares” (Lago, Amato, Teixeira, Rovinski e Bandeira, 2009, p. 486). Corroborando esse entendimento, Walker e Shapiro (2003) tratam a Psicologia Forense como a integração dessas duas antigas ciências, a primeira, que estuda o comportamento das pessoas e a segunda, que trata das formas pelas quais as pessoas criam as normas que dirigem o seu modo de agir em sociedade, sendo, portanto, uma ciência autônoma, a qual se manifesta de forma paralela, mas não subordinada, ao Direito (Gomide, 2011).

Como explica Gomide (2011), em relação ao uso do termo Psicologia Forense ou Psicologia Jurídica, a diferença é uma questão regional, em alguns países latino-americanos usam-se os dois termos, entretanto, nos países de língua inglesa, assim como nas principais publicações científicas da área, o termo mais utilizado é Psicologia Forense (Forensic Psychology). A American Psychological Association (APA) refere-se à Psicologia Forense como uma área que aplica os princípios da psicologia ao direito e ao estudo da interação entre as duas ciências (Quintero & Lopez, 2010).

A Psicologia Forense vem favorecer o Poder Judiciário para que decisões mais justas sejam tomadas, pois o psicólogo forense analisa o comportamento das pessoas, tanto nos seus aspectos observáveis quanto nos aspectos emocionais e cognitivos, trazendo à tona fatos ou situações importantes para o deslinde de casos que poderiam passar despercebidos sem a análise adequada (Bartol & Bartol, 2008). Assim, baseado em suas observações e estudos, o profissional especializado pode

fornecer aos juízes e operadores do Direito laudos psicológicos para a fundamentação de processos e sentenças, além de orientações pertinentes, auxiliando na formação de um poder judiciário mais justo. Considerando que o ideal é que as leis caminhem lado a lado com a Justiça (Padilha e Spréa, 2010), é nesse sentido que devem estar unidos e empenhados, os profissionais do Direito e da Psicologia Forense.

Os primeiros relatos de atividades de psicólogos em Tribunais foram relacionados à área criminal. Em 1970 a Psicologia Forense passa a ser reconhecida pela APA como a 41ª Divisão da Psicologia, sendo denominada Psicologia, Lei e Sociedade (Gomide, 2011).

Embora seja uma atividade relativamente nova no Brasil, visto que teve sua implantação nos Tribunais dos Estados entre as décadas de 1970 e 1990 (Rovinski, 2009) e apenas em 2001 foi criada a Especialização em Psicologia Jurídica pela Resolução 02/01, aprovada pelo Conselho Federal de Psicologia (Gomide, 2011), este ramo da Psicologia tem apresentado importante evolução.

O trabalho do psicólogo, que no passado consistia basicamente em avaliações tem-se ampliado para outras atividades como a prevenção, a orientação e a mediação (Rovinski, 2009). Na mediação, na qual o psicólogo forense atua numa fase pré-processual, ou seja, o conflito existe perante o advogado, a Delegacia da mulher, ou perante os órgãos de proteção ao menor, o objetivo é promover a conciliação entre as partes, utilizando técnicas específicas, conduzindo à reflexão e resolução dos conflitos (Caires, 2003); entretanto, a avaliação continua sendo o cerne da Psicologia Forense (Gomide, 2011).

Em relação à prevenção, Gomide (2011) esclarece que a Psicologia Forense procura prevenir o desenvolvimento do comportamento antissocial identificando-o precocemente, para, dessa forma, possibilitar a realização de intervenções nas causas geradoras do problema. Para isso, pode atuar em institui-

ções onde o comportamento de risco possa ocorrer, como, por exemplo, escolas, postos de saúde, creches e outras, desenvolvendo programas de identificação precoce de risco, de prevenção da violência, elaborando e aplicando programas de prevenção ao abuso sexual e ao comportamento antissocial, capacitando mães, gestantes e professoras a enfrentar problemas comportamentais, capacitando educadores a identificar comportamentos potencialmente perigosos em crianças e jovens, assim como levando aos legisladores e agências governamentais programas com políticas de prevenção e inibição da criminalidade.

É importante prevenir e tratar o comportamento antissocial desde cedo nas crianças, como forma de evitar seu agravamento quando se tornarem adultos, pois, como afirma Gomide (2010), a diminuição da violência social só poderá ser alcançada por meio do estímulo e reforço à utilização de valores que possam se sobrepor aos comportamentos agressivos e violentos causados pelo imediatismo e egoísmo que imperam na sociedade atual. Esses valores morais e sociais, como ética, respeito e responsabilidade entre outros, quando não desenvolvidos pelo ambiente familiar, poderão ser despertados e fortalecidos com a intervenção adequada.

PSICOLOGIA FORENSE E SUAS FORMAS DE INTEGRAÇÃO COM O DIREITO

O campo mais direcionado à psicologia forense tem sido a área criminal, abrangendo o estudo do comportamento do adulto infrator, do adolescente infrator, como este comportamento infrator é adquirido, como pode ser modificado. Abrange, também, o estudo de crimes como violência contra mulheres, abuso sexual, crimes contra crianças, nos quais o psicólogo forense atua em atividades que vão desde a aplicação de testes para avaliação psicológica em presídios, em centros educacio-

nais, intervenções em comunidades terapêuticas, em programas de liberdade assistida, clínicas particulares, justiça restaurativa envolvendo agressores, vítimas e famílias, programas de prevenção e outras categorias. Além disso, este profissional é capacitado para atuar diretamente nos processos jurídicos, por meio de elaboração de laudos, pareceres e relatórios que poderão auxiliar e orientar os operadores de diferentes áreas do Direito (Gomide, 2011).

No campo do Direito do Trabalho, observa-se a aplicação da Psicologia Forense em processos referentes a danos psicológicos causados por acidentes de trabalho, em casos de aposentadoria por problemas psicológicos, afastamentos temporários, avaliações de aptidão e em outras situações nas quais o conhecimento advindo da ciência psicológica seja necessário para a solução das questões apresentadas ao Judiciário. O Direito do Trabalho é regido por princípios, entre os quais, o princípio da boa-fé, princípio que possui um viés objetivo, que pode ser demonstrado por meio de ações concretas, e um viés subjetivo, de maior complexidade, que é baseado na lealdade e confiança (Araújo, 1996). Um exemplo nesse sentido, é em relação ao indivíduo que, ao se sentir lesado em sua honra, em sua boa-fé subjetiva, poderá pleitear uma indenização por danos morais e por meio de uma perícia psicológica comprovar a veracidade de seus sentimentos. Como esclarecem Cruz e Maciel (2005), a perícia constitui uma prova técnica.

Tanto nos processos de acidente de trabalho quanto nos outros tipos de processos trabalhistas, o psicólogo forense é capaz de caracterizar o dano psicológico, o qual pode gerar a indenização. Para isso, deve ser caracterizada uma lesão que altere ou perturbe de forma grave e significativa o equilíbrio emocional da pessoa que sofreu o dano, trazendo-lhe consequências que afetem sua vida em sociedade (Cruz & Maciel, 2005).

Em relação à aplicação na área cível, tendo em vista os

crescentes números de divórcios e as mudanças nas configurações familiares, os psicólogos forenses exercem relevante papel nas Varas de Família, atuando em processos de divórcio, de guarda de menores, processos de adoção e ações envolvendo alienação parental – as quais podem estar ou não vinculadas a processos de divórcio ou de guarda – e, ainda, em ações de tutela, curatela e interdição. Nas Varas Cíveis esses profissionais também atuam nas ações referentes a danos morais, que permitem o ressarcimento financeiro aos indivíduos que se sentem lesados na sua intimidade moral e psíquica. Nesses casos o psicólogo auxilia a vítima a demonstrar o dano causado, inserindo nos autos do processo a real situação psicológica do indivíduo, a qual poderia não ser constatada sem a sua atuação (Rovinski, 2009).

Assim, tanto na elaboração de laudos psicológicos quanto na forma de orientações e acompanhamentos, o psicólogo forense pode contribuir para a produção de decisões judiciais melhor fundamentadas e mais justas (Lago et al., 2009).

Em relação ao Direito de Família, é de grande valor a interação com a Psicologia Forense. O universo das questões familiares, a intersubjetividade das relações, traz questões tão complexas, que muitas vezes diversas situações são encobertas por atitudes que passam despercebidas aos profissionais do direito. Essas situações podem ser identificadas pelos psicólogos forenses mediante determinadas técnicas, entrevistas, jogos, nos quais cada uma das partes envolvidas tem a possibilidade de expressar seus sentimentos e demonstrar reações, impulsos que não seriam percebidos por meios verbais (Silva, 2011).

Como ressalta Grisard Filho (2002), nos processos de família os profissionais interagem com pessoas e suas emoções, sendo que a singularidade de cada pessoa precisa ser respeitada. Nos casos de guarda de filhos a avaliação psicológica é ainda mais difícil e comprometedora, tendo em vista que a

opinião do psicólogo pode influenciar a decisão do julgador e repercutir na vida das pessoas envolvidas no processo (Maciel & Cruz, 2009).

Além disso, há os casos de violência familiar, nos quais o psicólogo forense pode contribuir avaliando, prevenindo ou sugerindo intervenções em casos de crianças que sofrem abusos, indicando para que sejam afastados do lar que as violenta, ou até mesmo indicando a suspensão ou a extinção do poder familiar (Bartol & Bartol, 2008). A violência aumenta a cada dia, e no ambiente familiar pode ocasionar graves consequências para a criança. Essas consequências podem ser físicas, com lesões internas ou externas, ou psíquicas e podem desenvolver distúrbios como ansiedade, agressividade ou depressão (Gonçalves, 2004).

Os profissionais especializados em Psicologia Forense, além de possuir extenso conhecimento sobre o desenvolvimento emocional das pessoas, aprofundam os estudos na área jurídica, apresentando, assim, uma combinação de habilidades e conhecimentos valiosos para o deslinde dos conflitos. As contribuições da Psicologia Forense no campo do Direito de Família podem ocorrer, além das áreas supracitadas, no atendimento de casos de pais com problemas psiquiátricos, no auxílio ao relacionamento de crianças cujos pais estão cumprindo pena de restrição de liberdade, em casos de direitos de reprodução e suas tecnologias, em relação aos cuidados ou violência contra idosos, casos que aumentam a cada dia e demandam esse conhecimento especializado (Bartol & Bartol, 2008).

A necessidade da integração do Direito com outras ciências, no caso específico deste estudo com a Psicologia, tendo em vista as transformações que vêm ocorrendo no meio familiar, precisa ser levada em consideração pelo Poder Judiciário de forma a garantir maior segurança jurídica e proteção a todos os membros da nova concepção de família que vem surgindo, especialmente às crianças e aos adolescentes, que, por muitas

vezes, nos processos de guarda, tornam-se alvos de disputas e agressões entre os pais (Contreras, 2006; Grisard Filho, 2002).

TRANSFORMAÇÕES NO CONTEXTO FAMILIAR

Importantes transformações vêm ocorrendo na forma de organização das famílias e da sociedade. O instituto da família tem passado por grandes crises e mudanças, entretanto, vale salientar que se trata de um sistema com grande capacidade de absorver as mudanças e encontrar o equilíbrio que lhe é inerente (Groeninga, 2008).

Sendo a família considerada a base estrutural da sociedade, é nela que se firmam as bases morais de sua organização, de modo que o Estado, ao procurar proteger a família e seus institutos por meio de leis, está cuidando também de sua sobrevivência (Rodrigues, 2008).

As diversas mudanças que vêm ocorrendo no âmbito familiar demandam certa flexibilização e adaptação por parte do Poder Judiciário de forma a garantir maior segurança jurídica e proteção a todos os membros da nova concepção de família que vem surgindo, especialmente às crianças, seres em formação, que precisam de bases sólidas para um adequado desenvolvimento (Contreras, 2006). Como bem pondera Fachin (1999, p. 11), “parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.

No direito romano o pai tinha poderes absolutos sobre seus filhos, época em que a mãe era apenas uma figura obediente e decorativa, enquanto nos dias de hoje estes poderes implicam deveres, além de serem compartilhados com a genitora (Contreras, 2006).

A família, conforme foi modificando suas relações inter-

nas com a criança ao longo dos séculos, sofreu profundas alterações (Ariès, 1981). O pátrio poder, como era chamado, atenuou-se e transformou-se, no direito atual, no poder familiar que representa para o seu titular o dever de zelar pelo filho, assim como por seus bens, além disso, importando em sérias sanções pelo seu descumprimento (Rodrigues, 2008).

No final do século XVIII com o advento da Revolução Industrial, foi exigida grande concentração de operários nas fábricas e oficinas, o que constituiu a principal causa da migração dos trabalhadores do campo para o trabalho nesses locais, restando às suas mulheres a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, o que foi fortalecendo a imagem do pai provedor, sem afeto e sem participação direta na formação dos filhos (Grisard Filho, 2002).

No ordenamento jurídico brasileiro do início do século XX permanecia a noção de família patriarcal e hierarquizada proveniente das influências causadas pela Revolução Francesa sobre o Código Civil Brasileiro de 1916 (Rosenvald & Farias, 2010). Tal ordenamento respaldava a figura do homem como chefe supremo, provedor e responsável por administrar todos os bens da família, ao qual filhos e esposa deviam obediência incondicional. A mulher casada era considerada relativamente incapaz e dependia da autorização do marido para trabalhar em alguma profissão, situação que só modificou-se com o Estatuto da Mulher Casada de 1962, com o estabelecimento de sua plena capacidade jurídica (Wald, 2004).

O casamento permanecia indissolúvel, situação que só foi amenizada no ano de 1942, com a inclusão no Código de 1916, do artigo 315, que dispôs sobre a possibilidade de separação, com o desquite, mas ainda sem a dissolução do vínculo do casamento.

Apenas em 1977, com a Lei n.º 6515, a Lei do Divórcio, foram instituídos a separação judicial e o divórcio, com a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial. Entretanto,

persistiam prazos e restrições que só vieram a desaparecer com a Emenda Constitucional n.º 66 de 13 de julho de 2010, que acrescentou ao artigo 226 da Constituição Federal de 1988 o parágrafo 6º, que assim dispõe: “o casamento civil pode ser dissolvido com o divórcio”, possibilitando aos cônjuges o direito de dissolver o vínculo matrimonial no momento que desejarem (Brasil, 1988).

A desigualdade entre filhos nascidos no casamento, então denominados legítimos, e filhos concebidos fora da relação conjugal ou adotivos, permaneceu até a Constituição Federal de 1988, quando foi estabelecida a igualdade e a proibição de qualquer discriminação terminológica entre eles (Wald, 2004).

Ressalta-se a importância dessas referências históricas para que se compreenda a ideia de subordinação que o termo família envolve até os dias de hoje (Leite, 2005).

Há que se reconhecer que a família hodierna continua tendo por fórmula básica, ou ideal, o modelo de pais e filhos convivendo juntos, embora as transformações que vêm ocorrendo provoquem mudanças de paradigmas. De fato, o papel da mulher modifica-se causando diferentes efeitos no meio familiar, ela insere-se no mercado de trabalho, os filhos passam mais tempo na escola, os casamentos ocorrem cada vez mais tarde e as relações pais e filhos transfiguram-se. Essas mudanças em relação aos papéis femininos e masculinos fazem com que surjam novos conflitos, aumentando o número de divórcios; além disso, crescem as uniões sem casamento – uniões estáveis, as famílias monoparentais e criam força as uniões homoafetivas, que vão ganhando respaldo legal e judicial (Venosa, 2008).

Crescem também os novos núcleos familiares, as chamadas famílias reconstituídas, nas quais os pais, após a separação encontram novos parceiros e voltam a formar nova família, unindo os filhos de cada relacionamento, levando à formação de novos vínculos familiares, cada um com suas características, valores e costumes diferentes (Grisard Filho, 2003a).

É reconhecida a importância do afeto no exercício das funções, tanto maternas quanto paternas, como elemento essencial para a formação da personalidade das crianças (Groeninga, 2008).

Os genitores (homens) reconhecem a importância da sua participação no cuidado dos filhos para o desenvolvimento emocional e social das crianças (Flood, 2010).

Como define Freitas (2009, p. 36), vem surgindo uma “(re) conceitualização do homem – pai”, que hoje em função das mudanças sociais, demonstram maior interesse em participar ativamente na criação dos filhos.

Respaldando essas transformações, a Constituição Federal de 1988 reconhece a família como a base da sociedade e lhe garante ampla proteção, além de proporcionar avanços, como o reconhecimento da união estável, a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros e a igualdade absoluta entre os filhos, sejam eles advindos ou não do casamento, a liberdade de planejamento familiar, a família monoparental, ou seja, constituída por um dos pais e seus descendentes, entre outros, em seu artigo 226 (Brasil, 1988). Na mesma linha, o Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios ao substituir a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, com o intuito de amenizar a noção de mando e deixar claro que esse poder deve ser exercido por ambos os pais, em igualdade, e, ademais, que esse poder deve ser exercido no interesse do menor, tornando-se assim, mais do que um poder, um dever, uma responsabilidade a ser cumprida (Grisard, 2002).

Assim, como reforça Oliveira (2008), atualmente o poder familiar, seguindo o princípio constitucional que estabelece a igualdade entre homens e mulheres, deve ser exercido de forma igualitária por ambos os pais, os quais são titulares desse poder-dever. Essa afirmação também encontra respaldo no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ainda assegura a qualquer dos genitores o direito de recorrer à autoridade

judiciária competente, para que, nos casos de discordância, seja solucionado o conflito (Brasil, 1990).

O DIREITO BRASILEIRO ATUAL E AS TENTATIVAS PARA AMENIZAR OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELAS SEPARAÇÕES CONJUGAIS, ENTRE ELAS, A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

A Constituição Federal, no seu artigo 227, procura impor a proteção às crianças e aos adolescentes dispendo:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

A inspiração para esse artigo veio da doutrina da proteção integral, nascida na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, que no seu princípio II expressa:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Seguindo o direcionamento da Carta Magna, o Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente são norteados pela doutrina da proteção integral e pelo princípio do melhor interesse do menor, ambos visando amenizar os efeitos danosos nas crianças afetadas por essas rupturas conjugais e pelo surgimento de novas composições familiares. O princípio do melhor interesse do menor adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro foi consagrado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24.09.1990:

Art.18. 1. Os Estados-partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança. Os pais e, quando for o caso, os representantes legais têm a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica.

Embora os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) informem que entre os anos de 2004 e 2009 houve crescimento do percentual de divórcios nos quais ambos os cônjuges são responsáveis pela guarda do filho – ou seja, em 2004, os índices apontavam 2,7% de cuidados compartilhados, sendo que em 2009 os números subiram para 4,7% –, o índice de mães que ficam responsáveis pela guarda dos filhos menores após as separações ainda é significativamente maior: 87,6%, em 2009. As estatísticas do Registro Civil 2010 demonstram o crescimento da taxa geral de divórcio que atingiu o índice de 1,8% – 1,8 divórcios para cada mil pessoas – e também apontam o crescimento da taxa de compartilhamento da guarda dos filhos menores entre os cônjuges divorciados, que passou para 5,5% em 2010 (IBGE, 2009/2010). Já os dados registrados pelo IBGE no ano de 2011 registraram aumento de 46,5% no número de divórcios, ou seja, 2,6 divórcios para cada mil habitantes; permanência da hegemonia feminina (87,6%); e pequena queda no índice de compartilhamento da guarda – 5,4% (IBGE, 2011).

Com a pretensão de minimizar os efeitos nocivos das separações para os filhos, foi instituída, em 2008, a Lei da Guarda Compartilhada - Lei n.º 11.698 / 2008, que modificou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil Brasileiro. Essa lei tem como objetivo romper com a ideia tradicional de guarda unilateral consagrando “a responsabilização cotidiana de ambos os genitores acerca dos cuidados concernentes à criação e educação dos filhos menores” (Fonseca, 2008, p.7).

Vale lembrar que, antes da instituição da lei da guarda compartilhada, o Código Civil Brasileiro de 2002 estabelecia

em seus artigos 1583 e 1584 que nos casos de separação ou divórcio consensual, em relação à guarda dos filhos menores, seria observado o que os cônjuges acordassem e, no caso de não existir acordo, a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições de exercê-la. Nesse formato, a lei favorecia o estabelecimento da guarda única, ou unilateral. Entretanto, mesmo sem respaldo legal, a guarda compartilhada já vinha sendo determinada quando acordada e solicitada pelos pais ao juiz, se este considerasse a melhor forma de guarda naquele caso concreto.

Com a inserção da Lei n.º 11.698 / 2008, esses artigos passaram a estabelecer os dois tipos de guarda, quais sejam, a guarda unilateral e a guarda compartilhada, sendo que, em caso de não haver acordo entre os pais, se possível, o juiz determinará a guarda compartilhada.

Assim passou a dispor, após a lei em comento, o Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3o A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4o (VETADO).” (NR)

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de di-

vórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2o *Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.*

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em *orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.*

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (grifos nossos)

Como define Grisard Filho (2002, p.115), a guarda conjunta ou compartilhada é uma forma de continuar exercendo a autoridade parental quando fragmentada a família. Trata-se de um “chamamento” aos genitores separados para que exerçam de forma conjunta o poder familiar, do modo que o faziam quando viviam juntos.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DA GUARDA COMPARTEILHADA E COMPARAÇÃO COM OS OUTROS TIPOS DE GUARDA

O surgimento da Lei da Guarda Compartilhada foi motivado pela vontade advinda de ambos os pais de participar da

criação e da educação dos filhos após a separação, assim como pelo desejo destes de manter o vínculo e a comunicação com aqueles (Grisard Filho, 2002).

O sistema de guarda compartilhada teve as primeiras aplicações na Inglaterra, na década de 1960, com o objetivo de acabar com a tendência de deferimento de guarda na maioria das vezes para a mãe, e como forma de promover o compartilhamento entre os ex-cônjuges os direitos e deveres com os filhos. Mais tarde, em 1976, o direito francês também adotou o sistema, objetivando atenuar os efeitos nocivos causados pela guarda exclusiva ou unilateral. Nos Estados Unidos, país onde tem grande aplicação, a guarda compartilhada é conhecida como *joint custody* ou *shared parenting*. Nesse país existe a divisão entre guarda compartilhada física e guarda compartilhada jurídica. Na guarda compartilhada física, os genitores compartilham os direitos e deveres para com os filhos e também o domicílio dos menores, e na guarda compartilhada jurídica são divididos os direitos, os deveres e as responsabilidades, mas a residência é única (Lago & Bandeira, 2009).

Na Espanha a “custódia compartilhada”, como é chamada, foi regulamentada pela Lei n.º 15/2005 e pressupõe que ambos progenitores continuem com as mesmas atribuições, responsabilidades e vinculações exercidas antes da ruptura e relacionadas com o bem-estar dos filhos, as questões de educação, saúde, alimentos e desenvolvimento emocional, moral e religioso. Nesse país a lei proíbe explicitamente o compartilhamento da guarda quando um dos genitores sofre processo penal iniciado por atentados contra a vida, a integridade física, a liberdade, maus tratos e violência doméstica do cônjuge ou dos filhos, ou mesmo em caso de suspeitas ou indícios desses atos (Coloma, 2011).

Como aponta Contreras (2006), este tema que é novo na legislação espanhola, já vem sendo estudado há várias décadas em outros países como Reino Unido, Canadá, Austrália e Esta-

dos Unidos, para assinalar alguns.

A responsabilidade dos pais com seus filhos menores, denominada pelo Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002) de poder familiar, nos artigos 1630 a 1638, prescinde da existência de casamento ou união estável, portanto, não é a dissolução da relação entre o casal que afastará um dos genitores do conjunto de direitos e deveres que lhe cabe. Como reforça Leite (2003), mesmo após a separação, independentemente dos conflitos que venham a ocorrer, os genitores continuam exercendo a autoridade parental da mesma forma que a exerciam quando viviam em união. Assim, dirigir a criação e a educação dos filhos continua sendo responsabilidade dos dois, sendo que a única mudança que ocorre nesse sentido é em relação ao direito de guarda dos filhos (Fonseca, 2008).

Entretanto, apesar de a supracitada afirmação encontrar o respaldo legal no artigo 1632 do Código Civil (Brasil, 2002), que diz: “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 sua companhia os segundos”, existe, no sistema tradicional de guarda – a guarda unilateral –, a ideia de que apenas o cônjuge detentor da guarda é o responsável pelas principais decisões na vida dos filhos.

Considerando que em mais de 80% dos casos a guarda tem sido atribuída à mãe (IBGE, 2009/2010; 2011), essa lei pretende também reconhecer e respaldar a alteração de papéis que vem ocorrendo na sociedade – na qual cada vez mais as mulheres se ocupam dos encargos financeiros da família e os homens passam a demonstrar mais afeto e preocupação com os filhos, tanto na constância da união, quanto após a separação –, proporcionando uma divisão mais equânime dos direitos e das responsabilidades dos pais. Verifica-se, porém, que a guarda compartilhada ainda tem sido aplicada com bastante cautela em relação à guarda unilateral.

Sendo assim, é interessante que se verifique a distinção

entre os tipos de guarda mais conhecidos. Serão comentadas, a seguir, quatro modalidades de guarda de filhos, dentre as quais, como já exposto acima, apenas duas são previstas no ordenamento jurídico brasileiro: a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Todavia, para que se fale de modalidades de guarda é necessário antes que se reforce a distinção entre guarda jurídica e guarda física ou material.

A guarda jurídica consiste naquela exercida à distância pelo genitor não guardião, ou seja, a responsabilidade pela formação, pela saúde, pelo desenvolvimento físico e emocional, pela educação, pela diversão, pelo afeto, além da supervisão dos interesses do filho menor, não contemplando apenas o direito de residir com o filho.

A guarda física ou material abrange todas as responsabilidades citadas como exemplo, acima, além da responsabilidade e do direito de residir com o filho, ou seja, é a que cabe ao genitor guardião (Freitas, 2009; Lago & Bandeira, 2009; Leite, 2003). Ela traz consigo a ideia de posse, pois o genitor guardião convive diária e monoparentalmente com o filho exercendo “o pátrio poder em toda sua extensão” (Grisard Filho 2002, p.78).

Em relação aos tipos de guarda, o mais tradicional no Brasil é a guarda unilateral, prevista nos artigos 1583 e 1584 do CCB/2002, cuja aplicação vem sendo abrandada, pressupõe a guarda física e jurídica do menor por um dos genitores, geralmente a mãe, cabendo ao outro genitor a obrigação de pagar alimentos e o direito de visitas. Esse sistema, apesar de não retirar do cônjuge não detentor da guarda as responsabilidades em relação aos filhos, permite que o cônjuge guardião tome algumas decisões a respeito da vida dos filhos sem consultar o outro, o cônjuge não guardião, o que a difere da guarda compartilhada, na qual todas as decisões serão tomadas em conjunto. Como já comentado, apesar de o art. 1632 do CCB 2002 ser

explícito em afirmar que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos não muda com a ruptura da relação, ainda perdura neste tipo de guarda a ideia de que apenas o cônjuge guardião seria o responsável pelas principais decisões na vida deles (Fonseca, 2008).

Essa ideia de domínio pode advir da redação do art. 33, §1º do ECA (Brasil, 1990), que confere ao cônjuge detentor da guarda o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, referindo-se à possibilidade da guarda ter sido conferida a outros, como avós, tios, ou pais adotantes, por exemplo. Vale ressaltar que este direito de se opor a terceiros não retira dos pais de crianças que estejam sob a guarda de outrem o direito de visitas, salvo expressa e fundamentada determinação da autoridade judiciária.

Como se vê, a guarda unilateral também pode ser concedida a terceiros. Considerando o princípio do melhor interesse do menor, se durante o processo o juiz verificar que a criança não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele as condições necessárias, observados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Isso pode ocorrer quando os pais, durante o processo, demonstram não apresentar condições para o exercício do poder familiar, por exemplo, aqueles que praticam atos de violência contra os filhos ou usam drogas, e perdem por esses motivos o direito de guarda (Lobo, 2008).

Esse tipo de guarda tem recebido críticas, por não favorecer ao princípio da convivência, proclamado pelo art. 227 da Constituição Federal (Brasil, 1988). Alves (2009) afirma que o sistema com horários de visita rigorosamente estipulados acaba por favorecer apenas um dos genitores, qual seja, o genitor guardião, e alerta para a possibilidade maior de que um dos cônjuges utilize-se do filho para realizar vinganças ou chantagens, favorecendo o afastamento entre a criança e o outro genitor, podendo proporcionar graves danos ao desenvolvimento

psíquico da criança.

Conforme o caso, a guarda unilateral ou única, assim como qualquer outra modalidade, será homologada pelo juiz em caso de acordo entre os pais ou determinada após a decretação da extinção do vínculo conjugal, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, conforme o disposto no art. 35 do ECA (Brasil, 1990): “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.”

Outra modalidade de guarda é a guarda alternada, que surgiu visando a uma repartição mais igualitária da autoridade parental, mas, como já informado, não é utilizada pelo ordenamento nacional. Esta modalidade supõe que cada cônjuge detenha a guarda do menor com divisões de tempo, estabelecidas pelo juiz ao final do processo de guarda ou de divórcio, que podem variar entre dias ou anos. Em cada período a criança ficará sob a guarda de um dos genitores, que será responsável por todas as atribuições cabíveis, como residência, sustento, educação, administração legal etc. Assim, tanto a guarda jurídica quanto a guarda física são atribuídas a cada um dos pais, com a alternância de responsabilidades no período em que a criança mora cada um (Grisard Filho, 2002). Porém, é um tipo de guarda desaconselhado, visto que as constantes mudanças proporcionam sentimentos de insegurança e de falta de estabilidade ao filho, o que pode causar graves perturbações psíquicas e emocionais à criança ou ao adolescente (Leite, 2003).

Vale lembrar que, como alerta Oliveira (2008), alguns juristas determinam em seus julgados a guarda compartilhada combinada com a alternada, ou seja, ao aplicar a guarda compartilhada, além do compartilhamento das responsabilidades e direitos, determinam a alternância de lares, confundindo as duas formas de guarda. Isso ocorre por não haver no ordenamento brasileiro uma clara definição sobre a forma do compartilhamento da guarda adotado pelo sistema de guarda comparti-

lhada.

Ainda, entre os modelos de guarda existe outro modelo não adotado no Brasil, chamado aninhamento ou nidação, o qual supõe que o menor habite permanentemente em uma casa, para a qual se mudam em períodos alternados o pai e a mãe. No direito inglês, esse tipo de guarda é chamado de “birds” (Garcia, 2008, p.109), como referência ao ninho do pássaro. Porém, tal modelo não é considerado viável, principalmente pelo alto custo, visto que pressupõe três residências, uma para cada um dos pais e uma na qual permanece o filho (Grisard Filho, 2002).

Por fim, volta-se à guarda compartilhada. Como já comentado acima, com a sua instituição pretende-se aperfeiçoar o modelo tradicional, propiciando a proteção integral dos filhos menores, ao garantir o vínculo com ambos os pais (Rosenvald & Farias, 2010) e buscar assegurar certa continuidade da situação anterior, a fim de minorar a sensação de desamparo que a situação lhes submete (Grisard Filho, 2002). Como comenta Smyth (2009), do ponto de vista sociológico essa forma de guarda também aparece como uma resposta política à carência dos pais (homens) separados que, em função das mudanças sociais, demonstram crescente envolvimento na vida dos filhos.

Contudo, a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002) tem suscitado algumas críticas.

Para Fonseca (2008, p. 8), com a criação lei da guarda compartilhada, retirou-se de vez a responsabilidade do cônjuge não detentor da guarda nos casos de guarda unilateral, o que vai de encontro ao já estabelecido no mesmo diploma legal nos artigos que tratam do poder familiar. Tais artigos, como o artigo 1.632 do Código Civil Brasileiro, supracitado, já indicam que os deveres, os direitos e as responsabilidades atribuídos a ambos os pais independem da união ou separação destes, e, sendo assim, a referida lei revela-se “inócua”, pois a corres-

ponsabilidade pela formação dos filhos não pode ser encarada como uma obrigação facultativa, nem determinada judicialmente, como parece pretender a lei.

Existem divergências em relação ao conceito de compartilhamento da guarda, se este deve ser apenas jurídico ou se deve ser físico, aquele que compreende o compartilhamento do lar e a alternância de residências como acima já comentado, o que configura certa confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada (Lago e Bandeira, 2009). Para Nazaré (1997, p.83), “conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e codificação-descodificação da realidade só possível em crianças mais velhas”. No entanto, Silva (2011) afirma que após completar um ano de idade os filhos já conseguem entender que aquele que vai embora, também volta, e que ao superar essas dificuldades e possíveis frustrações, essas crianças poderão ter sua personalidade fortalecida.

Em defesa do instituto, Grisard Filho (2002) esclarece que a guarda compartilhada pressupõe uma residência fixa para o menor, seja a casa da mãe ou a casa do pai, o que proporciona a estabilidade que o Direito e a Psicologia desejam, possibilitando que o menor passe períodos com ambos os genitores, sem determinações prévias e rigorosas. Essa concepção é defendida por vários autores (Alves, 2009; Garcia, 2008; Lago & Bandeira, 2009; Leite, 2003; Motta, 1998; Nazaré, 1997; Oliveira, 2008), para os quais a guarda conjunta deve ser entendida como a forma de custódia em que os menores têm uma residência principal, porém, que define ambos os pais como responsáveis pela obrigação de guardar os filhos e promover-lhes a convivência saudável, a educação e a saúde. A guarda compartilhada, na qual os genitores participam em igualdade na formação moral e nos cuidados com a saúde dos filhos, sem que nenhum dos genitores seja mais privilegiado ou prejudicado que o outro, excluindo a ideia de alternância de dias ou me-

ses, assim como a ideia de exclusividade (Oliveira, 2008), pressupõe residência única, indispensável à criança por ser o seu ponto de estabilidade, de referência, condição necessária para um desenvolvimento adequado. O ideal é que os pais decidam conjuntamente qual será a melhor residência para os filhos (Leite, 2003).

A divisão se dá em termos responsabilidades, opiniões, cuidados. Reforça-se que a guarda compartilhada não implica alternância de lares, e sim uma “corresponsabilização de dever familiar entre os pais” (Lago e Bandeira, 2009, p.293), ou seja, num exercício conjunto do poder familiar, no qual os pais participam das atividades cotidianas e fundamentais do dia a dia dos filhos, descaracterizando a ideia do pai e mãe de final de semana (Alves, 2009, p. 102).

No entanto, há quem defenda o compartilhamento físico (Silva, 2011), em que a criança tem dois lares e se sente à vontade, tendo o seu espaço em cada um deles, mantendo o vínculo com ambos os genitores. Em recente julgado de Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sustentou que “a custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral (...)”. O principal fundamento utilizado para essa decisão foi o princípio do melhor interesse da criança, sendo salientado que o compartilhamento da guarda física é justamente a condição inovadora que fará com que ambos os genitores participem do cotidiano do filho.

Enfim, entende a supracitada decisão do STJ que a custódia física contribui para a diminuição da monoparentalidade, comum na guarda unilateral, constituindo a “própria essência do comando legal”, um ideal a ser buscado, mesmo que demande dos genitores separados certas adequações e concessões. Entretanto, tal decisão não deixou de alertar para a necessidade

de ser observada a situação específica de cada caso, como a capacidade financeira dos pais, a localização das residências e as rotinas do menor (Brasil, 2011).

Também são muitas as controvérsias em relação ao §2º do art. 1584, que sugere a determinação da guarda mesmo nos casos em que não haja acordo por parte dos pais. Grande parte da doutrina (Coloma, 2011; Fonseca, 2008; Freitas, 2009; Grisard Filho, 2002; Groeninga, 2008; Lago & Bandeira, 2009; Ríó, 2010 e outros) entende que a guarda compartilhada pressupõe consenso e harmonia entre os pais, defendendo que para o sucesso deste instituto é necessário que os progenitores separem os conflitos pessoais das funções parentais demonstrando maturidade e pelo menos, alguma cordialidade entre eles.

Em contrapartida, outros, como Alves (2009) e Vilardo (2006), sustentam que a discordância entre os pais não prejudica a sua aplicação. Isso porque o conflito poderá ser solucionado durante a fase de mediação, ou pelo menos conseguido que este não interfira no compartilhamento da guarda, colocando acima do conflito, o melhor interesse dos filhos. Vilardo (2006) lembra que mesmo na constância do casamento ou da união estável, podem existir discordâncias entre os pais; assim, se estes não conseguem entrar em acordo, cabe ao juiz decidir qual a melhor forma de guarda a ser determinada.

Lobo (2003) pondera sobre essas questões ressaltando o dever de prezar a manutenção da coparentalidade, seja qual for o modo de guarda, como forma de manter a presença de ambos os pais na vida do filho, em razão do princípio do melhor interesse da criança, o qual será comentado no tópico a seguir.

Sendo assim, para que a guarda compartilhada obtenha sucesso, o mais importante é a atitude e a disposição dos pais, o que muitas vezes não existe. Como define Garcia (2008, p. 107), trata-se de uma hipótese ideal ou utópica de guarda para filhos de pais que, apesar de não mais compartilharem suas vidas e desejarem trilhar caminhos opostos, têm consciência de

que sempre estarão ligados um ao outro em virtude da parentalidade e por isso necessitam harmonizar a nova situação. Ocorre que muitas vezes o casal, ao se separar não consegue discernir a conjugalidade da parentalidade (Grzybowski & Wagner, 2010). Enquanto a primeira pode ser rompida, a segunda continuará e, além disso, terá que ser exercida de forma diferente, demandando maior boa vontade e esforço por parte dos genitores.

Como se vê, a guarda compartilhada apresenta questões controversas. Por vezes, não pode ser concedida aos pais, mesmo que ambos a desejem, pois em muitas ocasiões exige destes uma relação mais harmônica do que tinham quando conviviam, o que para muitos é praticamente impossível (Coloma, 2011).

Por isso, a relevância de uma boa avaliação psicológica dos participantes do processo, realizada por profissionais especializados que analisarão cada parte – pais e filhos – individualmente e também dentro do seu sistema familiar, conscientes de que o laudo psicológico, que apresentarão para o julgador, influenciará nos fundamentos da decisão e também na vida futura dos envolvidos (Maciel & Cruz, 2009).

IMPORTÂNCIA DA PSICOLOGIA FORENSE NOS PROCESSOS DE GUARDA TENDO EM VISTA O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

É relevante destacar que a guarda compartilhada requer, especialmente, capacidade de abnegação dos pais, de doação, para que coloquem os interesses dos filhos acima dos seus, abrindo mão de seus interesses e disputas pessoais (Alves, 2008). Pesquisas realizadas por Daw (2002) informam que a guarda compartilhada, também chamada de guarda conjunta, quando bem administrada, se apresenta como a melhor opção

para as crianças após o divórcio dos pais. Esses estudos demonstram que essas crianças apresentam-se bem ajustadas, considerando-se que passam tempo significativo e interagem com ambos os pais, o que faz com não tenham diferenças de comportamento em relação às crianças filhas de pais não separados.

No entanto, nem sempre esse tipo de guarda é o mais adequado, pois dependerá fundamentalmente da atitude e da disposição dos genitores, devendo ser estabelecida com cautela, pois, em se tratando de pais com problemas de adaptação após o divórcio, a guarda unilateral pode ser a melhor escolha (Garcia, 2008). Existem casos em que o casal se separa por problemas de desequilíbrio emocional, vícios, e outros que tornam impossível a convivência, inclusive para dividir as decisões sobre os filhos (Oliveira, 2008).

Não obstante a determinação do artigo 1584 do CCB (Brasil, 2002), em seu parágrafo 2º estabelecendo a atribuição judicial da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais, sempre que possível, observa-se que os tribunais pátrios não têm hesitado em desaconselhar o regime (Fonseca, 2008) em observância ao princípio do melhor interesse do menor.

A Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente são norteados pelo princípio do melhor interesse da criança e visam, com a sua aplicação, suprir a necessidade de proteção integral às crianças e adolescentes. Entretanto, como adverte Leite (2005), este princípio, que foi incorporado ao ordenamento nacional por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), é de complexa determinação e necessita de uma definição clara e precisa para que possa cumprir seus objetivos.

Como explica Carbonera (2000), a expressão “best interest of the child” vem do direito anglo-saxão englobando aspectos gerais dos cuidados com os menores quando se trata de

guarda ou adoção. Num rol exemplificativo, a autora ressalta alguns aspectos como: a relação afetiva e amorosa entre o guardião e a criança, a possibilidade de atender suas necessidades básicas, além de capacidade de proporcionar um meio ambiente saudável e a continuidade da relação do filho com o outro genitor, respeitando as preferências da criança, conforme sua idade.

Para Alves (2009), a guarda compartilhada é a que melhor atende ao princípio em comento, diminuindo os efeitos nefastos da guarda única, os quais advêm da diminuição do contato do filho com o genitor não guardião. Ademais, registra o mesmo autor que, ao atender o princípio do melhor interesse da criança, a guarda compartilhada também observa o princípio do direito à convivência familiar garantido pelo art. 227 da Carta Magna Federal e estabelecido nos artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o propósito de criar maiores oportunidades para o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, o § 3º do artigo 1584 dispõe que cabe ao juiz estabelecer as atribuições do pai e da mãe, assim como os períodos de convivência, podendo para isso valer-se de orientação de equipe interdisciplinar. Embora seja uma faculdade do juiz a utilização da avaliação psicossocial, Alves (2009, p. 115) alerta que nesse caso a lei está criando um “poder-dever” para o magistrado. São as informações advindas dos laudos fornecidos pela equipe multidisciplinar, juntamente com as outras provas e informações constantes do processo que possibilitam ao juiz decidir de forma adequada em cada caso, atendendo ao melhor interesse da criança (Grisard Filho, 2002). Isso reforça a importância da participação do psicólogo forense nos processos de guarda, na avaliação dos genitores, para verificar se estão preparados para exercer a guarda compartilhada da forma necessária: com tolerância e urbanidade (Garcia, 2008). Ocorre que, às vezes, o casal ao alegar a defesa do interesse das crianças, está na reali-

dade, mais preocupado com seus interesses pessoais, praticando exatamente o contrário do que afirma (Silva, 2011). Durante a avaliação psicológica, o profissional especializado se valerá de técnicas e procedimentos adequados para perceber a dinâmica familiar daquele casal em conflito, produzindo laudos objetivos e imparciais (Lago & Bandeira, 2009).

A IV Jornada de Direito Civil de 2006, no enunciado n.º 335, já demonstrava essa necessidade assim dispendo: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar” (Alves, 2009, p. 111). Além dos resultados obtidos com o laudo psicossocial, existe a possibilidade da oitiva pelo Juiz do filho menor, desde que este já possa expressar sua vontade (Coloma, 2011).

Muitas vezes na disputa pela guarda dos filhos cada um dos progenitores é forçado a demonstrar que é mais merecedor da guarda do filho do que o outro, justamente quando estão passando por períodos de grande tensão emocional e financeira (Bailey, 2004). Por isso, durante a fase pericial não raro os litigantes se preocupam mais em demonstrar os pontos negativos do outro do que em pensar no real bem-estar dos seus filhos, o que dificulta ainda mais um acordo (Ribeiro, 2009). Além disso, com o afastamento dos cônjuges, geralmente vem à tona uma série de agressões recíprocas e os filhos, algumas vezes, passam a ser confundidos com os bens materiais que estão em questão no processo de separação. Noções como posse e divisão se misturam com sentimentos, o que reforça a relevância da atuação profissional que auxilie na solução desses conflitos, que envolvem afetos, sentimentos, deveres e direitos (Pereira, Silva e Gomes, 2008).

Percebendo esse interesse dos pais em apenas apontar os defeitos um do outro nos processos de guarda, uma juíza de Washington D.C., da Corte Superior americana, decidiu apoiar um projeto unindo os Tribunais, a American Psychological

Association (APA), o D.C. Bar's Pro Bono Program and Family Law Section, a D.C. Psychological Association (DCPA) e estudantes de psicologia da Universidade de Argóssia, com a finalidade de formar profissionais capazes de orientar os pais divorciados ou em processo de divórcio a focarem suas atenções no melhor interesse da criança. Esses profissionais poderão recomendar ao juiz em quais casos a guarda poderá ser determinada a ambos os pais ou a um deles apenas. (Bayley, 2004).

Estudos realizados por Mcintosh e Chisholm (2008), na Austrália, alertam o quanto é importante para os profissionais envolvidos em questões de guarda avaliar as consequências dos cuidados compartilhados em cada caso, individualmente, assim como é necessária a correta interpretação das novas leis que surgem com o propósito de ajudar pais e filhos no processo de separação. Os mesmos autores comentam os estudos feitos por Smith (2004), que demonstram ser a guarda compartilhada viável apenas para um pequeno grupo de famílias com perfis e estruturas bem definidos, quais sejam: pais separados morando em residências próximas, com capacidade de boa convivência, interessados no bem-estar dos filhos, com disposição em integrar as atividades dos filhos nas suas próprias, além de boa vida social (amizades, atividades sociais) com ambos os pais, conforto financeiro e, ainda, que o pai (homem) seja um genitor competente.

Na mesma direção, Lago e Bandeira (2009, p. 293) informam que, em casos aos quais é aplicada a guarda compartilhada, as adaptações entre pais e filhos melhoram com o tempo. Alertam, porém, que esse tipo de guarda é mais indicado para casais que apresentem as seguintes características: “baixos níveis de conflitos anteriores à separação, exercício da parentalidade/maternalidade centrado na criança, concordância em relação à decisão do término da relação conjugal e à decisão da guarda compartilhada, motivação de ambos os pais para aceitar

e superar as exigências e complicações do dia a dia invariavelmente associadas ao exercício da guarda compartilhada”.

Muitas vezes, pais e mães que requerem na justiça a guarda compartilhada não apresentam essas características, por isso a importância da avaliação psicológica adequada, pois, em situações de alto conflito parental, os benefícios do contato com o genitor podem ser diminuídos. Considerando que em qualquer família a criança desenvolve um apego diferente a cada um dos pais, por exemplo, um apego seguro com o pai e inseguro com a mãe, há que se levar em conta que uma mudança de rotina pode comprometer o desenvolvimento da criança (Mcintosh e Chisholm, 2008). Entretanto, ressaltam os mesmos pesquisadores, não se pretende com esses dados desencorajar a adoção desse tipo de guarda e sim, alertar para a necessidade de um acompanhamento posterior, por profissionais que auxiliem a família a manter os interesses focados no menor.

Diante dessas incertezas, ressalta-se a importância da avaliação psicossocial, durante a fase processual dos processos de guarda, no sentido de subsidiar a decisão judicial, de forma a preservar o interesse da criança ou adolescente, com dados conseguidos por meio de técnicas específicas, além da necessidade de um acompanhamento psicossocial ou psicológico posterior ao processo judicial, para dar suporte a nova família que surge, pois, mesmo prosseguindo de forma diferente, com os pais separados, continua a ser uma família, visto que os vínculos familiares não se confundem com os vínculos conjugais, e cuja continuidade demandará esforço, força de vontade, paciência e afeto, especialmente por parte dos genitores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pretendeu demonstrar a importância da integração entre a Psicologia e o Direito por meio da Psicologia Forense como forma de melhor enfrentar os desafios trazidos

pelas novas situações sociais e familiares que se apresentam ao Poder Judiciário. A proteção às crianças e aos adolescentes é fundamental, pois são eles os maiores prejudicados por essas novas configurações, especialmente nos casos de divórcios e disputas de guarda.

O reconhecimento de novas configurações e situações familiares enseja dos Poderes Públicos a criação de normas jurídicas que propiciem segurança e proteção, especialmente às crianças, as maiores prejudicadas em situações de conflito. Nesse sentido, com o propósito de melhor tutelar o menor nos casos de divórcio e separação e também para funcionar como um instrumento a equilibrar a participação de cada genitor na criação e educação dos filhos após a separação, foi criada a Lei da Guarda Compartilhada.

Entretanto, embora o modelo de guarda apresentado como preferencial por essa lei, a guarda compartilhada, possa representar o modelo de guarda ideal, foram demonstrados neste artigo aspectos conceituais controversos na lei em relação à forma de compartilhamento e à necessidade ou não de consenso entre os pais. A falta de objetividade em relação a estes aspectos tem causado confusões entre guarda compartilhada e guarda alternada. Apesar disso, grande parte dos juristas defende a necessidade de concordância entre os genitores e o estabelecimento da guarda compartilhada jurídica, ou seja, com a determinação do domicílio da criança ou adolescente no lar de um dos pais, com flexibilidade de horários de convivência, sem o rigor excessivo da guarda unilateral, considerando que esta estabilidade favorece o desenvolvimento emocional das crianças e adolescentes.

A realização de estudos e avaliações psicossociais nas famílias envolvidas nos processos de guarda de forma a auxiliar o juiz em suas decisões é enfatizada pela Lei em comento e deve ser realizada por profissionais especializados e com comprometimento ético, visto que os laudos apresentados ao julga-

dor subsidiam a decisão e podem trazer consequências importantes para a vida das crianças envolvidas nos processos. A observância ao princípio do melhor interesse do menor é essencial nos processos de guarda, devendo ser observado em cada situação, evitando que os interesses egoísticos dos genitores sobreponham-se aos dos filhos.

Assim, considerando os assuntos apresentados, conclui-se que a modalidade de guarda compartilhada pode constituir o modelo adequado para que pais e filhos adaptem-se às novas formas de configurações familiares. No entanto, a lei que a regulamenta ainda é permeada por muitas discussões, as quais suscitam um aprofundamento nos estudos das questões apresentadas, com vista a que surjam definições que venham proporcionar maior segurança na sua aplicação, pois são questões relevantes que podem afetar o desenvolvimento psicológico, emocional e social das crianças e dos adolescentes envolvidos em processos de guarda.

Ressalta-se, portanto, a necessidade de maiores estudos e pesquisas, tanto no campo da Psicologia quanto no campo do Direito, em relação ao andamento dessa modalidade de guarda no Brasil.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alves, L. B. M. (2009). A Guarda Compartilhada e a Lei nº11.698/2008. *Revista IOB de Direito de Família*, 51, dez./jan., 95-117.
- Araújo, F.R. de. (1996) *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr.

- Ariès, P. (1981). *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: LTC - Livros Técnicos e Científicos Editora S.A.
- Bailey, D. S. (2004). Reconceptualizing custody. *Monitor on Psychology*. September., 35 (8), 44. Disponível em: www.apa.org. (acesso em 04 abr. 2011).
- Bartol, C. R. & Bartol, A. M. (2008). *Forensic Psychology: Introduction and Overview*. Introduction to Forensic Psychology: Research and Application. Sage, Lon Angeles.
- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* - Publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.
- Brasil (1990). *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
- Brasil (2002). Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002.
- Brasil (2011). Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 1.251.000 – MG / 2011/0084897-5).
- Caires, M. A. de F. (2003). *Psicologia Jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas*. São Paulo: Vetor.
- Carbonera, S. (2000). *Guarda dos filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.
- Coloma, A. M. R. (2011). *La guarda y custodia compartida (Uma medida familiar igualitária)*1º edição, Madrid: Editorial Reus, S.A.
- Contreras, M.P. de.(2006). Reflexiones em torno a la custodia de hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo-agosto año/vol. XXXIX, 16 – Universidade Nacional Autônoma de México, Distrito Federal, México, 501-534. Disponível em: www.redalib.uaemex.mx. (acesso em 06 abr. 2011).
- Cruz, R.M., Maciel, S.K. (2005). Perícia de danos psicológicos

- em acidentes de trabalho. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, UERJ, RJ, ano 5, 120-129.
- Daw, J. (2002). Joint custody might be best option for children of divorce, study finds. *Monitor on Psychology*, 33 (6), 16. Disponível em: www.apa.org. (acesso em 04 abr. 2011).
- Fachin, L. E. (1999). *Elementos críticos de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar.
- Flood, M. (2010.) “Fathers’ Rights” and the Defense of Paternal Authority in Australia. *Violence Against Women*. 16 (3) 328–347. Disponível em: vaw.sagepub.com at Univ. de São Paulo Biblioteca (acesso em 17 mar.2011).
- Fonseca, P. M. P. C. da. (2008). Guarda Compartilhada x Poder Familiar – Um Inconcebível Contra-Senso. *Revista IOB de Direito de Família*, 49, ago-set, 7-11.
- Freitas, D. P. (2009). *Guarda Compartilhada e as Regras da Perícia social, psicológica e interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, p. 47-48.
- Garcia, M. T. M. (2008). Reflexões sobre a Nova Redação dos Artigos 1583 e 1584 do Código Civil – Guarda Compartilhada e Outras questões. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 50- out-nov, p.107-114.
- Gomide, P. I. C. (2010). Comportamento Moral. In: Gomide, P. I. C. (Org). *Comportamento Moral: uma proposta para o desenvolvimento das virtudes*. (pp. 17-34) Curitiba: Juruá
- Gomide, P. I. C. (2011). Psicologia Forense e suas conexões com as diversas áreas da psicologia. In: Gondim, S. M. G. e Chaves, A. M. (Org.). *Práticas e Saberes Psicológicos e suas Conexões*. Salvador: UFBA, 1, 245-265.
- Gonçalves, H. S. (2004). Violência contra a criança e o adolescente. In: Brandão, E. P. e Gonçalves, H. S. (Org). *Psicologia Jurídica no Brasil*. (pp. 277-307). Rio de Janeiro: Nau.

- Grisard Filho, W. (2002). *Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Grisard Filho, W. (2003a) Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. In Groeninga, G. C.&Pereira, R. C. *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia* (pp.225-267). Rio de Janeiro: Imago.
- Grisard Filho, W. (2005). *Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental*. 3ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Groeninga, G. C. (2008). Guarda Compartilhada Considerações Interdisciplinares. *Revista Jurídica nº 371, Repositório autorizado de Jurisprudência*, ago-set, p. 31-37.
- Grzybowski, L. S. e Wagner, A. (2010). Casa do pai, casa da mãe: a coparentalidade após o divórcio. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 26, nº1, Brasília, jan-mar, 2010. Disponível em: www.scielo.br. (acesso em 17 mar. 2011).
- IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Dados disponíveis em: www.ibge.gov.br. (acesso em 07 jun. 2011 e 18 dez. 2012).
- Lago, V.M.; Bandeira, D. (2009). A psicologia e as demandas atuais do Direito de Família. *Psicologia, Ciência e Profissão*, 2009, 29 (2), 290-305. Disponível em: www.pepsic.bvs.org. (acesso em 17 mar. 2011).
- Lago, V.M. et al. (2009). Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. *Estudos de Psicologia*, 26 (4), 483-491. Disponível em: www.pepsic.bvs.org. (acesso em 20 abr. 2011)
- Lago, V.M.; Bandeira, D. (2009). O uso de instrumentos em avaliação psicológica no contexto do direito de família. In: Rovinski, S. L. R & Cruz, R.M. (org.) *Psicologia Jurídica. Perspectivas teóricas e processos de intervenção*. (p.59). São Paulo: Vetor.
- Leite, E. O. (2003). *Famílias Monoparentais: a situação jurí-*

- dica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Leite, E. O. (Org.) (2005). *Grandes Temas da Atualidade - Adoção - Aspectos Jurídicos e Metajurídicos* (1a ed.) Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Lobo, P. L.N. (2008). *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva.
- Maciel, S. K. e Cruz, R. M. (2009). Avaliação Psicológica em processos judiciais nos casos de determinação de guarda e regulamentação de visitas. In: Rovinski, S. L. R & Cruz, R.M. (org.) *Psicologia Jurídica. Perspectivas teóricas e processos de intervenção*. (pp.45-54). São Paulo: Vetor.
- Mcintosh, J. e Chisholm, R. (2008). Cautionary notes on the shared care of children in conflicted parental separation. *Journal of Family Studies*, 14: 37-52.
- Motta, M.A.P. (1997). Diretrizes Psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. *Direito de Família e ciências humanas. Caderno de estudos n.2*. São Paulo, Jurídica Brasileira, 1998.
- Nazareth, E.R. (1997). Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. *Direito de Família e ciências humanas*. Caderno de estudos n.1. São Paulo, Jurídica Brasileira.
- Oliveira, S. C. S. (2008). Guarda Compartilhada.. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 49, ago-set, p. 12-33.
- Padilha, M. G. S. e Spréa, M. B. (2010). Justiça. In: Gomide, P. I. C. (Org). *Comportamento Moral: uma proposta para o desenvolvimento das virtudes*. (pp. 133-148) Curitiba: Juruá.
- Quintero, L.A.M. e López, E.G. (2010). Psicología Jurídica: quehacer y desarrollo. *Diversitas- Perspectivas en Psico-*

logía, 6 (2), 237-256.

Río, G. D. del. (2010) *La Custódia de los Hijos. La guarda compartida: opción preferente*. 1a edición. Pamplona, España: Editorial Aranzadi, SA.

Rodrigues, S. (2008). *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva.

Rosenvald, N. e Farias, C.C. de. (2010). *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Rovinski, S.L.R. e Cruz, R.M.C.(orgs) (2009). *Psicologia Jurídica. Perspectivas teóricas e processos de intervenção*. Psicologia Jurídica no Brasil e na América Latina: dados históricos e suas repercussões quanto à avaliação psicológica. São Paulo: Vetor.

Silva, D. M. P. da. (2011). *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá.

Venosa, S. S. (2008). *Direito Civil, vol.VI: direito de família*.8º ed., São Paulo: Atlas.

Wald, A. (2004). *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva.