

A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE SHARED GUARD IN BRAZILIAN LEGAL ORDER

Laressa Carvalho Martins*

Resumo:

O presente estudo trata da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise de leis, jurisprudência, doutrinas e artigos científicos que abordam diferentes e importantes aspectos pertencentes a tal modalidade de guarda. Assim, objetiva-se analisar, refletir e esclarecer sobre o processo e a aplicação da guarda compartilhada no Direito brasileiro, abordando conceitos e institutos diretamente relacionados e ressaltando características positivas e negativas. De tal maneira, quando se atinge os objetivos propostos pela pesquisa, percebe-se quão relevante tratar acerca de tal instituto, tendo em vista que a separação ou divórcio dos pais pode provocar nos filhos um grande comprometimento emocional, por não saberem lidar com a situação. Além disso, os pais devem entender que compartilhar a guarda de um filho não é simplesmente dividir a responsabilidade e a convivência, mas conjuntamente orientar a educação e criação do filho sob os aspectos de assistência material, moral, emocional e de convivência, em todos os momentos visando à felicidade dos filhos, estabelecendo o que será melhor para a criança ou adolescente, amenizando as consequências resultantes da dissolução da união estável ou do rompimento da relação matrimonial. Caso os genitores não possuam essa conscientização, torna-se importante a utilização de métodos terapêuticos, como a constelação familiar. Portanto, é fundamental que a aplicação da lei de guarda compartilhada seja eficaz, minimizando vários problemas que os filhos enfrentam, sendo cumpridos os princípios de proteção e melhor interesse do menor.

Palavras chave: Guarda Compartilhada. Princípios de proteção e melhor interesse do menor. Métodos terapêuticos. Constelação familiar.

Abstract:

This study deals with shared custody in the Brazilian legal system, through the analysis of laws, jurisprudence, doctrines and scientific articles that address different and important aspects pertaining to such mode of custody. Thus, the objective is to analyze, reflect and clarify the process and application of shared custody in Brazilian law, addressing directly related concepts and institutes and highlighting positive and negative characteristics. Thus, when the objectives proposed by the research are reached, it is clear how relevant to deal with such an institute, given that the

Artigo submetido em 15 de Novembro de 2019 e Aprovado em 30 de Janeiro de 2020.

* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, unidade São Gabriel. Advogada. Email: laressa.direito2013@gmail.com.

separation or divorce of parents can cause a great emotional commitment in children, because they do not know how to deal with the situation. . In addition, parents should understand that sharing custody of a child is not simply sharing responsibility and coexistence, but jointly guiding the child's upbringing and parenting in the material, moral, emotional, and coexistent aspects of all. Moments aimed at the happiness of the children, establishing what will be best for the child or adolescent, softening the consequences resulting from the dissolution of the stable union or the breakup of the marriage relationship. If the parents do not have this awareness, it is important to use therapeutic methods, such as the family constellation. Therefore, it is essential that shared custody law enforcement is effective, minimizing various problems that children face, and the principles of protection and best interests of the child are met.

Keywords: Shared Guard. Principles of protection and best interests of the minor. Therapeutic methods. Family constellation.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do direito de família são muitas as mudanças em face da transformação constante da sociedade, tornando necessário um estudo contínuo, pois vão surgindo novos conceitos, o que traz para o direito a preocupação resguardar a relação familiar. Sendo assim, além da observação que os casos de separação, divórcio e dissolução de união estável têm crescido, como observações de casos presenciados no ambiente de trabalho, e que, nos casos que envolvem menores, estes são os mais prejudicados, deve-se analisar o instituto da guarda compartilhada para estabelecê-la de modo que proporcione a aplicação dos princípios da proteção e melhor interesse do menor, considerando-se suas vantagens e desvantagens.

Ressalta-se a importância do tema abordado, uma vez que a separação ou divórcio dos pais pode provocar nos filhos um grande comprometimento emocional, por não saem lidar com a situação. Além disso, os pais devem entender que compartilhar a guarda de um filho não é simplesmente dividir a responsabilidade e a convivência, mas participar conjuntamente da educação e criação do filho sob os aspectos de assistência material, moral, emocional e de convivência, em todos os momentos em prol da felicidade dos filhos.

Em virtude disso, com o intuito de realizar uma reflexão crítica, bem como de esclarecer pontos que, não raras vezes, são controvertidos, o presente trabalho abordará a guarda compartilhada no direito de família, tratando de sua aplicação, dos motivos pelos quais é estabelecida como regra, dos possíveis problemas que nela podem ocorrer e do método terapêutico como solução e conscientização.

Antes, porém, discorre-se acerca da evolução do direito em relação aos direitos e deveres dos pais e filhos até a promulgação do Código Civil 2002 e leis posteriores que o alteraram, bem como sobre o poder familiar e guarda.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Desde os primórdios da humanidade, a família sempre foi considerada um importante instituto nas sociedades. Valores, princípios, condutas e comportamentos são transmitidos de geração a geração, influenciando na construção do caráter, da personalidade, e no modo como seus integrantes se envolvem na sociedade.

Entretanto, assim como outros institutos jurídicos são modificados para abranger inovações sociais, os direitos que envolvem a família no Brasil também passam por alterações. Todavia, para que estas ocorram, faz-se necessário o enfrentamento de diversas questões e padrões estabelecidos pela própria sociedade, que, diante do surgimento de fatos novos, tende a resistir à sua regulamentação. Desta forma, discriminam-se situações, rejeitando, excluindo e criticando as pessoas que nelas se enquadram, o que, muitas vezes, gera a necessidade de proteção legal para garantir-lhes tratamento isonômico, de modo que direitos e deveres lhes sejam assegurados.

Nesse sentido, ao analisar historicamente os direitos relativos à família, verifica-se que anteriormente e em parte da vigência do Código Civil de 1916, a família era totalmente patriarcal, vê-se a figura do *pater familias*, ou seja, o chefe de família, que detinha domínio sobre os membros do grupo familiar (GONÇALVES, 2012, p. 32). As relações se davam por interesses patrimoniais, sendo uma obrigação do casal ter descendentes, preferencialmente homens, para que assumissem os negócios da família quando da morte do pai. Somente o chefe da família era quem detinha total poder sobre os filhos, tomando todas as decisões, podendo a mãe interferir apenas quando autorizada. Tal autoridade, contudo, lhe era facultativa quando o filho advinha de relações extraconjugais, nas quais os filhos não eram reconhecidos pelos pais, que não tinham nenhuma obrigação de assisti-los, sendo denominados de ilegítimos, e, socialmente, de bastardos (DIAS, 2015, p. 32), isto pois só era conhecida como família, a união de homem e mulher, por meio do casamento religioso (DIAS, 2015, p. 145). A mulher, conforme Almeida e Rodrigues Junior (2012, p. 4), era vista com a função de reproduzir, além de ter o dever de cuidar da casa e ser conciliadora do lar.

Em 1916, foi criada a Lei nº 3.071/1916, o Código Civil regulando a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada (Gonçalves

2012, p. 33). Em 1962, com a aprovação da Lei nº 4.121, a mulher assumiu o dever de velar pela direção material e moral da família, podendo colaborar com o marido quanto aos interesses comuns de seus filhos (BRASIL, 1962). O pátrio poder era exercido pelo marido (art. 380, CC 1916), com a colaboração da mulher (art. 380, lei 4.121/62), sendo que, em caso de divergência, prevalecia a ordem do marido, podendo a mulher recorrer ao juiz (art. 380, parágrafo único, da Lei nº 4.121/62) (BRASIL, 1962).

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002 novos princípios passaram a ser aplicados às relações familiares modificando e ampliando direitos e deveres, principalmente ao se referir a prole do casal.

Deste modo, foram constituídos os princípios da dignidade humana, da solidariedade, da liberdade, da igualdade, da afetividade, da convivência familiar e, por fim, o princípio da proteção integral e melhor interesse do menor. Universalmente, tais princípios visam garantir que todos os integrantes da família possam ter uma vida digna, na qual sejam respeitados dentro de sua individualidade e liberdade de escolhas, tendo bom desenvolvimento físico, mental, emocional e afetivo. Além disso, retratam o respeito as diferenças na formação das famílias, a responsabilidade mútua dos pais no exercício do poder familiar, a isonomia ao garantir aos filhos os mesmos direitos (Art. 227, §6º) e demonstram a importância da convivência entre os membros, principalmente em casos de separação, divórcio e dissolução de união estável que envolvam menores.

Os princípios da proteção integral e melhor interesse do menor necessitam de maior elucidação, visto que são de suma importância para a determinação dos direitos dos filhos e deveres dos pais quando, diante do rompimento do vínculo entre os genitores, a existência de conflitos conduz a discussão acerca da prática do exercício do poder familiar, resultando na definição da guarda da prole envolvida.

Sendo assim, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

Assegura-se ao menor o direito à proteção e à observância do que melhor lhe beneficiará em seu desenvolvimento, haja vista que, enquanto menores, estão desenvolvendo sua personalidade, não possuindo discernimento que os torne capazes. De tal maneira, a maior

vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial (DIAS, 2015, p. 50).

Nesse sentido, far-se-á a análise da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, verificando sua aplicação em conformidade com os preceitos fundamentais do direito de família. Contudo, é primordial versar brevemente sobre o poder familiar, já que a definição da guarda deriva das responsabilidades instituídas por este.

3 PODER FAMILIAR

O poder familiar trata-se de um importante instituto jurídico do direito de família que consiste na responsabilidade atribuída aos pais em relação a seus filhos, na qual há um conjunto de direitos e obrigações que devem ser cumpridas em prol da proteção e do melhor interesse do menor, propiciando-o bom desenvolvimento físico, intelectual e psíquico. Segundo Paulo Lobo (2012, p. 295), o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Conforme o art. 1630 do CC, os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores (BRASIL, 2002).

Desta forma, conforme o Código Civil Brasileiro, competem a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (art. 1634) (BRASIL, 2002), o que também é assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 21 e 22 (BRASIL, 1990). Desta maneira, observa-se que, além de se basear nas responsabilidades dos genitores, o poder familiar também se baseia na filiação, uma vez que, enquanto pais, devem cumprir as obrigações que lhes são atribuídas, independente do vínculo existente.

Maria Berenice Dias cita em sua obra:

A separação dos pais, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Independentemente da situação conjugal dos pais, compete a ambos o pleno exercício do poder familiar, sendo atribuição dos dois o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos (CC 1.634 I). (DIAS, 2015, p. 524)

Nos casos em que há vínculo familiar entre pai e mãe, o poder familiar ocorre com o exercício da guarda comum, sendo que, muitas vezes, a educação e acompanhamento dos filhos são mais benéficos devido à convivência comum estabelecida. Todavia, não se pode olvidar que diversos são os casos em que os pais se divorciam, dissolvem a união estável, ou

rompem o relacionamento que tinham. Assim, tendo em vista que em alguns casos os genitores tomam atitudes prejudiciais ao menor, considerando seu próprio interesse e não o da prole, faz-se necessário buscar a solução mais adequada, o que deverá ser feito judicialmente, ressaltando que, mesmo tendo acordo, este necessita da homologação do julgador. Dessa forma, serão elucidadas as modalidades de guarda e a razão pela qual a guarda compartilhada é estabelecida como regra nos tribunais brasileiros.

4 A GUARDA NO DIREITO CIVIL

A guarda consiste na posse do filho, em tê-lo em sua companhia, devendo exercer os encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia (LOBO, 2011, p. 190). Tanto no Código Civil, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda representa a responsabilidade dos pais, ou de terceiros, respectivamente, em relação aos filhos ou àqueles sob sua guarda, com o exercício de deveres e direitos especificados em lei (BRASIL, 1990; 2002).

Nesta conjuntura, o direito institui a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral é exercida por apenas um dos genitores, ou por terceiro, nos casos de impossibilidade de seu exercício pelos pais, analisando-se quem possui melhores condições emocionais e o mínimo necessário ao sustento dos filhos, além de considerar os vínculos afetivos da criança e adolescente. Segundo o IBDFAM:

A Guarda Unilateral somente é fixada quando não é possível a guarda compartilhada. Sua previsão legal está no art. 1.583 do Código Civil, é aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, cabendo ao juiz atribuir a guarda ao genitor que possuir melhores condições de proteger os direitos da criança e do adolescente, o que nem sempre é fácil de determinar. (IBDFAM, 2016).

Outra espécie de guarda diz respeito a guarda alternada. Conforme reitera Maria Berenice Dias, essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira (2015, p.528), por entender o legislador que seu estabelecimento, nos casos concretos, pode não assegurar o melhor interesse da prole bem como sua proteção, em razão do constante movimento de um genitor a outro, criando uma incerteza capaz de desestruturar mesmo o infante mais maleável (LOBO, 2011, p. 204), sendo prejudicial para o desenvolvimento das crianças ou dos adolescentes envolvidos. Contudo é citada em doutrinas segundo as quais é determinada pela alternância da atribuição da guarda entre os genitores, ou

seja, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros (DIAS, 2015, p. 528).

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família assevera que:

O entendimento dominante nos Tribunais é que este tipo de guarda é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc.). (IBDFAM, 2016).

Em contrapartida defende-se a regulamentação da guarda alternada, visto que possibilita a redução da alienação parental, sob o fundamento de que a criança convive com os dois genitores, estando bem próxima a ambos, o que, de certa forma, impediria sua ocorrência, devido ao menor conhecer melhor cada um dos pais.

A guarda compartilhada, foi introduzida pela Lei 11.698/08, sendo alterada pela Lei 13.058/14 (BRASIL, 2008; 2014). Conceitua-se como aquela em que há a responsabilidade conjunta dos pais em relação aos seus filhos. Em cooperação, ambos devem contribuir para a criação e educação dos filhos, proporcionando-lhes lazer, saúde, alimentação, afetividade, entre outros. Sua aplicação é estabelecida sempre que possível, devido ao entendimento de que esta representa o exercício do poder familiar, conforme expressa a legislação. Entretanto, por fundamentos metodológicos, tal espécie de guarda será tratada com maior especificidade no tópico abaixo.

5 DA GUARDA COMPARTILHADA

Diante do conceito já exposto acerca da guarda compartilhada abordar-se-á aspectos singulares aplicados em tal modalidade.

A guarda conjunta pode ser requerida em consenso pelos pais, ou apenas por um deles, em ação autônoma. Além disso, sua decretação pode ser dada pelo juiz, de ofício, em atenção às necessidades do menor, relativas ao convívio e à distribuição de tempo deste com seus pais (art. 1584, caput, CCB), sendo importante ressaltar que, nos casos de realização de acordo entre os pais, este deve ser homologado pelo magistrado, a fim de se assegurar a observância do melhor interesse do menor (BRASIL, 2002; 2014).

Na audiência de conciliação, os genitores devem ser informados sobre a guarda compartilhada, esclarecendo o juiz o conceito, a importância e os direitos e deveres

decorrentes da referida modalidade. Quando não houver acordo entre os pais, sempre que possível, aplicar-se-ia a guarda compartilhada (Art. 1584, §1º e 2º, CCB) (BRASIL, 2002).

Além disso, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá utilizar equipe multidisciplinar para estabelecer as atribuições de cada responsável, bem como os períodos de convivência, sendo que o descumprimento ou alteração de alguma cláusula resultará na redução de prerrogativas, ou até mesmo na entrega da guarda a outrem que tenha compatibilidade, se verificado que os pais não devem permanecer com a guarda de sua prole (Art. 1584, § 4º e 5º) (BRASIL, 2002).

O art. 1583 (CC 2002), estabelece que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, prevendo ainda que, caso os pais residam em cidades diferentes, a base de moradia dos filhos será a que melhor atender os interesses destes.

Nesse sentido, conforme Paulo Lobo:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui. (LOBO, 2011, p. 199).

Em relação à convivência familiar, a legislação prevê que o tempo seja dividido entre os genitores de modo equilibrado, possibilitando à criança e ao adolescente maior estabilização diante das situações fáticas subjacentes à separação, ao divórcio e à dissolução da união estável. Nesse viés, Maria Berenice Dias afirma que:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno - filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental. (DIAS, 2015, p. 532)

Quanto a essa questão, Paulo Lôbo diz que:

Os períodos de convivência do filho com seus pais não necessitam de ser rigorosamente iguais, para que o filho não tenha uma existência partida. Certa flexibilidade para adaptação deve ser preservada, diante das circunstâncias, imprevistos e exigências da vida (viagens com um deles, festas em famílias e com amigos, cursos fora da cidade). (LOBO, 2011. P. 200)

Verifica-se, portanto que todos os procedimentos adotados para que seja aplicada a guarda compartilhada dar-se-ão em vista ao melhor interesse, à proteção e à preservação do convívio familiar do menor, de modo a minimizar o sofrimento causado pela separação ou divórcio dos pais, fazendo com que a criança ou adolescente se relacione bem com ambos os genitores, não tendo a sensação de que está sendo disputada por eles. Entretanto, para que a guarda compartilhada seja bem-sucedida, é necessário um estudo prévio acerca da família envolvida, das suas condições emocionais para exercer as atribuições de tal guarda, o que será abordado adiante.

Outro ponto controverso em relação a guarda compartilhada consiste na fixação de alimentos. Por se tratar da responsabilidade conjunta dos pais sobre a vida de sua prole, de modo que ambos exerçam obrigações, direitos e deveres, bem como tomem decisões em prol do menor; no exercício da guarda compartilhada deve-se assegurar uma boa educação, inserindo o menor numa instituição escolar pública ou privada, fornecendo os materiais escolares necessários, bem como zelar para que suas necessidades sejam supridas, garantindo-lhes, minimamente, moradia, saúde, alimentação e vestuário.

Assim, tendo em vista que os custos decorrentes de tais obrigações são elevados, devem os genitores dividi-los, para que não haja sobrecarga financeira. Contudo, em alguns casos, não há um consenso entre os pais sobre a divisão, ou não se verifica a contribuição de um deles para tanto, resultando na referida sobrecarga do outro. Em tais situações, impõe-se a fixação judicial dos alimentos, com base no trinômio: necessidade do menor, possibilidade do alimentante e proporcionalidade. Dessa forma, não há exoneração de alimentos na guarda compartilhada, podendo ser estabelecida pensão alimentícia quando necessária.

Nesse viés, Maria Berenice Dias consigna:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião (DIAS, 2015, p. 403).

Desta feita, a aferição do cabimento ou não da fixação de alimentos deverá observar os elementos extraídos do caso concreto, de molde a impedir a sobrecarga financeira de qualquer dos cônjuges.

Discute-se ainda, dentro da guarda compartilhada a alternância de lar. Compreende-se que não é vantajosa visto que é prejudicial ao menor por obstaculizar o estabelecimento dos referenciais de lar, bem como dos valores, princípios e condutas que deve ter diante de certas situações. Desta forma, vê-se que o entendimento dos tribunais orienta no sentido da fixação de um lar, sem que a guarda física se alterne. Assim, as decisões ou acordos têm sido feitos determinando que o filho resida com um dos genitores, contribuindo o outro nas ações da rotina do menor, levando e buscando à escola, ao médico, entre outras obrigações. Ratificando tal entendimento, Paulo Lobo assevera que:

Decidiu o TJMG que “não é a conveniência dos pais que deve orientar a decisão da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada entre os pais, que permita a ele (o filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia” (Ac. 01.0024.03.887697-5/001). (LOBO, 2011, p. 203-204).

De tal maneira, tendo em vista que foram tratadas todas as questões presentes na aplicação da guarda compartilhada, serão apresentadas adiante as vantagens e desvantagens de sua execução.

6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Como já fora abordado, a ruptura da vida conjugal dos genitores afeta diretamente o desenvolvimento dos filhos. Dessa forma, quando se verifica que os pais possuem estrutura emocional e física para a guarda compartilhada, o que é imprescindível para sua aplicação, esta traz benefícios, uma vez que permite a igualdade e continuidade das relações do menor com seus pais, havendo convívio com ambos. Além disso, atenua os sentimentos de perda e abandono do menor em relação a um dos genitores, criando um ambiente favorável, sem que a criança ou adolescente sinta-se disputado ou pressionado a escolher um ou outro.

Segundo Paulo Lobo:

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das

relações da criança com seus dois pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre os adultos. (LOBO, 2011, p. 201).

A aplicação de tal instituto ainda é benéfica, tendo em vista que mantém as relações e ligações do menor com os outros familiares, tanto maternos quanto paternos. Ademais, o processo de separação dos pais torna-se menos prejudicial à criança, uma vez que, com tal guarda, sua estrutura emocional é mais ajustada.

Em relação às vantagens concernentes aos filhos sob guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho afirma que:

No contexto da guarda compartilhada, norteados pela continuidade das relações pais-filhos e não exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente. (GRISARD FILHO, 2013, p. 229).

A principal vantagem da guarda compartilhada para os genitores diz respeito à igualdade e continuidade da relação de ambos com os filhos, o que possibilita a presença e participação tanto da mãe quanto do pai, na mesma proporção, na vida do menor. Dessa forma, as decisões acerca da criança ou adolescente são tomadas em conjunto e as responsabilidades são divididas, evitando assim, que um dos genitores fique sobrecarregado.

Lado outro, minimiza o conflito parental e a alienação parental, considerando que ambos os pais percebem o quão importante é a presença e a imagem do outro na vida do menor, como também entendem que colocar os filhos contra o outro genitor, por vingança ou ressentimento, pode causar graves prejuízos à criança. Por isso, é importante ressaltar que, para que a aplicação da guarda compartilhada seja vantajosa tanto à prole quanto aos pais, é necessária mútua cooperação dos responsáveis do menor, que devem superar seus ressentimentos para com o outro e focar no melhor interesse dos filhos. Caso contrário, tal instituto terá efeito contrário, tanto para a criança como para os pais.

Nesse sentido, afirma Grisard Filho:

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as

decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto. (GRISARD FILHO, 2014, p. 211).

Não obstante os benefícios mencionados, é imprescindível asseverar que se não observadas às condições evidentes ao sucesso da aplicação de tal instituto, este terá efeito contrário tanto a prole quanto aos pais.

Como acontece com qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada também é objeto de desfavores. Nos casos em que não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (§2º do Art. 1584 do CC) (BRASIL, 2002). Fato é que há casos em que, se aplicado tal instituto sem prévia análise do contexto, da estrutura e da relação estabelecida entre os genitores, bem como se os genitores não souberem administrá-la e exercer adequadamente o poder familiar, a criança ou adolescente pode se sentir rejeitado, abandonado e, até mesmo, culpado, uma vez que pode inferir que as discussões e brigas ocorrem por sua causa. Além disso, há sentimento de disputa, já que os pais não entram num consenso, o que gera um conflito no menor, podendo fazer com que este tenha dificuldades na formação de sua personalidade. Assim ocorre porque, dependendo da situação, terá que alternar sua opinião quanto à imagem do outro genitor, para agradar ou evitar conflitos com aquele com o qual esteja no momento. Por essa razão, o risco de ocorrer a alienação parental é muito grande.

Acerca dos prejuízos aos genitores, deve-se ponderar que será aplicada a guarda compartilhada com base na proteção e melhor interesse do menor. Assim, embora possa criar situações indesejáveis para ambos os pais, como o encontro, ainda que rápido, com o ex-cônjuge, entre outras conjunturas, estas serão consideradas e analisadas de modo a averiguar se os pais superarão seus ressentimentos pessoais diante dos interesses prevalentes do filho, ou se utilizarão de tal modelo para prejudicar o outro, trazendo maiores desvantagens para o menor.

Com base nas questões prejudiciais, torna-se essencial a abordagem da alienação parental no exercício da guarda compartilhada.

7 ALIENAÇÃO PARENTAL

No exercício da guarda compartilhada existem situações que podem torná-la lesiva aos menores, não alcançando o objetivo pelo qual é estabelecida. Em grande parte dos divórcios,

separações, dissoluções de união estável ou término de relações amorosas, as pessoas envolvidas costumam sair magoadas. Assim, quando, além da situação complexa existente, tem-se o envolvimento de descendentes em comum, menores, necessário se faz averiguar a condição emocional dos pais para exercerem conjuntamente a guarda.

Conforme expõe Maria Berenice Dias:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, e um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal. Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança. (DIAS, 2015 p. 545).

Os atos expostos no trecho acima enquadram-se no conceito expresso na legislação que fomentou a alienação parental. Em conformidade com a Lei 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Desta forma, quando os pais não superam suas diferenças em prol do bem estar dos menores envolvidos a guarda conjunta, embora considerada o meio mais eficaz para combater a ocorrência da alienação parental, poderá ocasioná-la, motivo pelo qual os genitores devem se atentar aos prejuízos que poderão ocasionar, impondo-se, igualmente, a fiscalização por parte do Poder Público em relação ao processamento da guarda compartilhada nas famílias, devendo interferir quando necessário, requerendo a aplicação de métodos terapêuticos que auxiliem os pais a exercerem corretamente seus deveres.

8 METÓDOS TERAPÊUTICOS

Analisando as desvantagens de cada guarda, bem como possíveis problemas derivados de questões comportamentais dos genitores nota-se o cenário ao qual deve-se empregar a utilização de métodos terapêuticos, especificamente, a constelação familiar.

A constelação familiar foi criada pelo psicoterapeuta Bert Hellinger. Trata-se de uma abordagem terapêutica fundamentada em concepções das áreas da sociologia, psicologia, psicanálise e terapia sistêmica, visando desvendar as razões por trás de comportamentos e conflitos gerados entre os indivíduos. Para tanto utiliza-se da representação, sendo bonecos em sessões individuais e pessoas desconhecidas em sessões coletivas, tornando viável maior compreensão dos envolvidos a partir do momento que estes se identificam nos movimentos realizados. Segundo especialistas da área, as relações familiares são conduzidas por ordens sistêmicas que quando violadas causam transtornos e atingem todos os integrantes da família. Contudo, tais situações permanecem ocultas às ações das pessoas que trazem consigo, inconscientemente, reflexos dos traumas ocasionados pelo rompimento das leis sistêmicas.

Nesse contexto, em 2012, o juiz Sami Storch introduziu a constelação familiar na justiça brasileira, por meio do poder judiciário baiano. Foram realizados testes em audiências, constatando-se a eficácia de sua aplicação, visto o elevado índice de conciliação. Desde então sua execução expandiu para outros estados brasileiros sendo reconhecida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

À vista disso, nota-se a importância de sua aplicação nos casos em que as guardas e, principalmente a compartilhada, torna-se prejudicial ao menor. Em muitos casos não há como obrigar os genitores a cumprir seus deveres em relação a prole, não sendo eficaz adotar medidas punitivas vez que podem reverter contra os menores. Assim, uma das formas de alertá-los sobre os danos que podem causar, é possibilitar que visualizem a origem real do problema para solucioná-lo, conscientizando-os por meio da representação de outros, acerca do sofrimento que podem estar causando em seus filhos. Deste modo, conseguirão viabilizar formas de administrar conjuntamente a vida de seus filhos menores, sem ferir os princípios básicos da proteção integral e melhor interesse do menor.

Outros métodos já adotados consistem na mediação e conciliação. A mediação equivale a construção de uma solução entre as partes, por intermédio de terceiro, imparcial, que simplifica o diálogo. Já a conciliação restringe-se a interferência de um terceiro também imparcial, que adota uma conduta ativa a fim de propiciar solução consensual entre as partes, bem como a recomposição social dos relacionamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo exposto, conclui-se que a guarda compartilhada decorre do poder familiar, representando um grande avanço social diante da maneira como era a administração do lar nas antigas codificações. Nesse viés, é a modalidade de guarda que melhor representa o exercício do poder familiar, já que nela a responsabilidade dos pais é conjunta, proporcionando que ambos tomem decisões acerca dos filhos.

Em tal modalidade são discutidos aspectos concernentes a convivência familiar, alternância de lar e fixação de pensão alimentícia sob a análise dos princípios basilares da proteção integral e melhor interesse do menor. Averigua-se em cada ponto, os pressupostos para se estabeleçam, bem como os fatores positivos e negativos.

Deste modo, ao se aplicar a guarda compartilhada, busca-se sua eficácia e eficiência, sendo necessário, para tanto, verificar se os pais possuem condições emocionais e psicológicas para exercê-la, pois, caso contrário, a guarda conjunta poderá trazer prejuízos ao menor.

Assim, sendo prejudicial ao menor, torna-se imprescindível intervenção por meio de métodos terapêuticos, sendo a constelação familiar recomendada e já aplicada em alguns tribunais por apresentar efeitos benéficos alcançando uma dimensão que as sentenças por si só não atingem, por se tratar de esfera emocional. De tal maneira, a utilização deste método auxilia na solução dos conflitos familiares, reduzindo consideravelmente as demandas judiciais que tendem a ser resolvidas por meio da conciliação fazendo que as decisões judiciais sejam mais humanizadas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Constelação Familiar: no firmamento da justiça em 16 Estados e DF**. CNJ, 3 de abril. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em: 28 Out. 2019.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar**. IBDFAM, 07 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103>. Acesso em: 18 Abr. 2017.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL. **Especialista fala sobre nova proposta de se fazer justiça**. TJMG, 30 de nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/especialista-fala-sobre-nova-proposta-de-se-fazer-justica.htm#.Xb9lsuhKhPY>. Acesso em 28 Out. 2019.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 Abr. 2016.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de setembro de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 12 Abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 12 Abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 Abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de junho de 2008.

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 de dezembro de 2014.

CHAGAS, Isabela Peçanha. **Breves reflexões sobre o instituto da guarda. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 12. Família do Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos (62)**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/seriemagistrado12.html>. Acesso: 22 Abr. 2017.

CJF. **Constelação familiar: juízes federais e servidores concluem curso**. CNJ, 28 de nov. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-servidores-e-juizes-da-justica-federal-tem-curso/>. Acesso em: 28 Out. 2019.

CNJ. **Conciliação e Mediação**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 28 Out. 2019.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª edição. Revista . atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5 vol. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DA SILVA, Keith Diana. **Poder familiar: conceito, características e titularidade**. Rev. Npi/Fmr. Set. 2010. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi4.html>. Acesso: 10 Abr. 2016.

DOURADOS AGORA. **Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário**. IBDFAM, 7 de maio. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/16382/Constela%C3%A7%C3%A3o+pacifica+conflitos+de+fam%C3%ADlia+no+Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 26 Out. 2019.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6 ed. São Paulo : Revista dos tribunais, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, Saraiva. São Paulo: 2012.

JUSTIÇA DO TRABALHO DE SANTA CATARINA. **Aplicação da constelação familiar no Judiciário**. 2018. (26m02s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DdxawzswkJA>. Acesso em: 29 Out. 2019.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4ª Ed. Editora Saraiva. 2011.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada – uma nova visão para novos tempos**. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso em 10 Abr. 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Vanívea Sena. **A eficácia da aplicação do método constelação sistêmica como forma de resolução dos conflitos inerentes ao Direito de Família**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51776/a-eficacia-da-aplicacao-do-metodo-constelacao-sistemica-como-forma-de-resolucao-dos-conflitos-inerentes-ao-direito-de-familia>. Acesso em: 01 nov 2019.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. Revista Consultor Jurídico. 20 de jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 26 Out. 2019.