UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/2014

Sávio de Tarso Silva de Mello
João Cláudio da Conceição

Aracaju
2015

SÁVIO DE TARSO SILVA DE MELLO

GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/2014

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo – apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/___

Banca Examinadora

_____

Professor Orientador
Universidade Tiradentes

_____

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

_____

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/2014

Sávio de Tarso Silva de Mello[1]

RESUMO

O presente artigo vem demonstrar como era o instituto da guarda compartilhada antes e depois da Lei 13.058/2014, bem como tratar do que mudou após a implantação da mesma no nosso ordenamento jurídico. O trabalho irá fazer uma abordagem histórico-conceitual, expondo a previsão da temática nas diversas normas e as mudanças ocorridas na prática. O objetivo é entender como era tratado o tema da guarda compartilhada nas legislações pertinentes e o que mudou com a nova lei, seus benefícios e prejuízos. O meio de pesquisa utilizado é a bibliografia nacional e as normas legais que abordam o assunto. A instituição da guarda compartilhada é uma evolução indispensável para o direito brasileiro, a qual deve sempre zelar pelo melhor interesse da criança e que esta possa conviver de modo igualitário com ambos os pais e que estes possam desempenhar o poder familiar de modo equilibrado, onde o foco seja o bem estar do filho menor.

Palavras-chave: Direito de família. Guarda compartilhada. Lei 13.058/2014.

1 INTRODUÇÃO

A temática da guarda compartilhada sempre foi de extrema importância no direito de família e vem ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro de modo geral, tendo em vista as mudanças ocorridas nos últimos anos. A guarda compartilhada passou a ter relevância e amparo legal, quando no código civil de 2002, passou a ser prevista como uma modalidade de guarda no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos. A partir de então, a mesma passa a ser uma alternativa, uma modalidade de guarda secundária, usada geralmente em casos onde a convivência dos pais fosse amigável. O tema merecia tal previsão legal, devido à importância do dever dos pais com os filhos, qual seja a guarda, mas também o de educá-los de forma humana e sempre visando preservar o melhor

[1] Sávio de Tarso Silva de Mello, Graduando do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT, Email: savio.tarso@bol.com.br.

interesse da criança, conforme previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A guarda não deve ser observada apenas no âmbito físico, mas também no aspecto educacional e de vivência entre pais e filhos.

Com o presente trabalho, será demonstrado que a temática passou por diversas modificações ao longo do tempo, onde a principal e mais recente delas, em dezembro de 2014, com o advento da Lei 13.058/2014, que a torna regra, ou seja, a primeira alternativa do juiz no momento de decidir a modalidade de guarda a ser adotada. Aquela visão de que o filho deve morar com a mãe e receber visitas do pai, ou vice versa, após a ruptura conjugal, nem sempre é a escolha correta, devido à fragilização do poder familiar causado. Logicamente cada caso deverá ser observado em sua individualidade, mas a guarda compartilhada não deverá mais ser colocada em segundo plano, em casos restritos, mas sim deverá ser dada a preferência para a sua escolha. O direito e o dever de educar os filhos é igualitário para pai e mãe e a convivência da mesma forma também deve ser adotada, compartilhando lições e aprendizados.

Porém a teoria se confronta com a prática, e o que observamos por diversas vezes é a criança no meio de uma disputa entre os pais, se tornando uma moeda de troca, onde a chamada “alienação parental” se torna presente, ocasionando problemas ainda piores para a criança ou adolescente. Os pais não podem no calor de suas emoções durante um divórcio, seja ele amigável ou litigioso, deixar que seus problemas afetem a vida da criança de forma negativa. Nesse momento da separação dos pais, a criança deve ser preservada e acompanhada de perto para que ela possa enfrentar tal situação da melhor forma possível em um ambiente onde o afeto e carinho dos pais esteja presente.

A evolução social da família, e do poder familiar que o nosso país vem acompanhando nos últimos anos não permite tais acontecimentos e a temática deste artigo veio com a difícil tarefa de mostrar que a criança pode sim conviver com os pais, mesmo estes estando separados. O dever de educar os filhos não é apenas da mãe ou do pai, mas sim dos dois, por isso que o nome é poder familiar. Na prática, haverá casos onde a guarda compartilhada vem fazer cessar eventuais brigas que existiam entre o casal no final do relacionamento. Porém haverão outros, onde devido ao mau relacionamento dos pais, a aplicação da guarda compartilhada não será possível e outra medida deverá ser adotada.

2 GUARDA COMPARTILHADA SOB OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a Constituição Federal de 1988, passamos a visualizar inúmeros princípios, muitos deles aplicáveis diretamente ao direito de família e à guarda compartilhada especificamente. Apesar de algumas distinções entre eles, todos visam algo em comum, qual seja preservar a criança ou adolescente no momento em que esta passa a conviver com os pais separados, devendo ser assegurada a proteção da família e da pessoa dos filhos, bem como o tratamento igualitário e com dignidade entre todos que compõem o ambiente familiar em questão.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, utilizado como base do núcleo familiar, visa garantir o pleno desenvolvimento moral e espiritual da pessoa humana, na realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, sendo, portanto princípio basilar do Estado Democrático de Direito e está previsto nos artigos 226 e 227 da Carta Magna.

Segundo Simone Cardoso:

> A Constituição Federal assumiu a direção de matérias anteriormente exclusivas do Direito Civil, impondo os novos contornos axiológicos para o sistema jurídico. À medida que estas alterações vão tomando forma, os pilares e paradigmas eleitos pelo Direito Civil clássico vão cedendo espaço às novas estruturas, fundamentadas em valores de igualdade material e liberdade individual, ambas num mesmo patamar de compreensão. (CARDOSO, 2004, p. 103).

2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança

Também visando a proteção dos direitos dos menores, surge o Princípio do melhor interesse da criança, que visa proteger e garantir diversos direitos, seja em receber proteção e socorro, em qualquer circunstância, mas como também na procedência de serviços públicos e que estes sejam garantidos com qualidade. Para Carlos Roberto Gonçalves, o referido princípio trata de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, visando garantir as políticas públicas elencadas no art. 227 da Constituição Federal à população de zero a dezoito anos (GONÇALVES, 2002, p. 29).

2.3 Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes

O Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes, visa a garantia prioritária do melhor interesse do menor, dando-lhe equilíbrio físico e psicológico, encontra-se previsto constitucionalmente no artigo 227 e é destinado a crianças e adolescentes, seres em formação, que são considerados os principais sujeitos de direitos das relações familiares e sociais, vejamos:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, á 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.

2.4 Princípio da Afetividade

O Princípio da Afetividade, implícito na dignidade da pessoa humana, está ligado intimamente ao amor e a família. Moacir Pena Júnior enfatiza que, “o afeto é fundamental para que as relações na família sejam bem-sucedidas. Sem ele, estas tendem a não prosperar, havendo um afastamento natural entre seus componentes e dificultando a formação de famílias sólidas e felizes” (PENA JÚNIOR, 2008, p. 10).

O afeto seria, portanto, dentro do ambiente familiar, a realização individual de cada membro de suas potencialidades, tanto no aspecto psicológico, como biológico, onde se fortalece os vínculos de amor e afeto que unem a família.

2.5 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

Outro princípio de relevância para o tema em questão é o do Pluralismo das Entidades Familiares, onde com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, reconheceu a possibilidade de vários arranjos familiares e todos num mesmo patamar de direitos.

No referido artigo, visualizamos o casamento na forma civil (de forma gratuita e religiosa), a união estável entre o homem e a mulher, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, a comunidade formada por pais e seus descendentes, entre outras disposições acerca da vida conjugal.

2.6 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade, um dos basilares e mais importantes preceitos constitucionais, é contra o tratamento desuniforme às pessoas e é considerado um dos princípios que sustenta o Estado Democrático de Direito. No tocante ao direito de família, veio a constitucionalizar a igualdade de direitos entre homens e mulheres, alcançando também os vínculos de filiação ao proibir todo e qualquer tipo de discriminação relativos aos filhos havidos ou não da relação de casamento, por adoção ou não. Ou seja, prevê tratamento igualitário a todos os filhos, sejam eles adotivos ou sanguíneos.

2.7 Princípio Geral do Cuidado

Por último, mas não menos importante, o Princípio Geral do Cuidado, veio para valorizar o homem em face dos demais seres e coisas, entendendo que o mesmo é o valor originário de todos os demais valores e a família o local de desenvolvimento da personalidade e das potencialidades daqueles que a integram. Portanto, o lugar privilegiado do exercício do cuidado é o ambiente familiar, praticado durante a convivência dos que integram a família. Significa então garantir às crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita inclusive o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possa vivenciar o afeto, a confiança e a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade emocional.

3 GUARDA COMPARTILHADA NO ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei ordinária federal que trata da proteção integral à criança e ao adolescente, onde através de uma série de princípios, muitos deles advindos da Constituição se pretende a efetivação dos direitos e deveres à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e muitos outros, para as crianças e adolescentes.

Porém a guarda de que trata o estatuto, de modo geral, não se refere à guarda no momento da separação dos pais, momento este da ruptura da vida em

casal. O estatuto aborda a guarda pertinente ao momento em que a criança passa por uma situação de risco, onde a mesma será colocada em uma família substituta com o consentimento dos pais ou não, na segunda hipótese, quando os pais são destituídos do poder familiar. Segundo o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independente da situação jurídica da criança e do adolescente, nos termos desta lei”.

Tal medida obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conforme disposto no artigo 33 do Estatuto e pode ser feita nas modalidades provisória, permanente e peculiar. A modalidade provisória surge do artigo 33,§1º, que pode ser deferida liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção. A colocação de criança em família substituta, de modo permanente está prevista no artigo 33,§ 2º, primeira hipótese e se destinaa atender situação peculiar onde não se logrou sucesso a uma tutela ou adoção. A peculiar está prevista no artigo 33,§2º, segunda hipótese e visa suprir uma eventual falta dos pais.

Segundo Waldyr Grisard Filho, em sua interpretação:

> A guarda é, há um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. (GRISARD FILHO, 2002, p.47 e 48).

A guarda é um dos atributos do Poder Familiar, figurando, ao lado da tutela e da adoção, sendo a colocação em família substituta, uma medida de proteção à criança, sempre que os direitos que ela detém e que estão previstos no Estatuto, forem violados, conforme artigo 98 da referida norma.

Conforme observado por Carlos Roberto Gonçalves:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no art. 1º, sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, indicando no art. 4º que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, dentre outros direitos expressamente mencionados, os referentes à convivência familiar, demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio dos infantes com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento. (GONÇALVES, 2008, P. 294)

4 O CÓDIGO CIVIL E A LEI 11.698/2008

O Código Civil de 2002, em sua redação original, anterior à lei nº 11.698/08, deixava a guarda compartilhada em segundo plano, aplicando com mais predominância a guarda na modalidade unilateral. Tal escolha quase sempre prevalecia para o lado materno, ficando o pai apenas com o direito de visitar o filho periodicamente. O critério no momento da fixação da guarda, geralmente era o de qual dos genitores teria melhores condições para exercer a guarda dos filhos, visando sempre o melhor interesse da criança, o qual prevalecia sobre o dos pais.

Em seu artigo 1.583, a guarda era vista da seguinte forma: "No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos", o que se entende que a modalidade de guarda aplicada, ficava perante os pais em comum acordo. Na falta de acordo, o juiz atribuiria a quem apresentava melhores condições para exercê-la e caso fosse verificado que os filhos não devessem permanecer com um dos pais, o juiz deferiria a guarda à pessoa que relevasse compatibilidade, conforme antiga redação do artigo 1.584 do Código Civil e seu parágrafo único e que se manteve com a nova redação no § 5º. Ou seja, inicialmente os pais acordavam com quem a criança iria ficar (guarda unilateral), o que seria analisado judicialmente, mas o que dificilmente era convencionando na modalidade compartilhada. Em não havendo acordo a decisão ficava a cargo do juiz, em decidir perante um dos genitores, o qual ainda assim, atribuía na maioria dos casos, a modalidade unilateral, ficando a guarda compartilhada, sempre em segundo plano e dificilmente utilizada.

A Lei nº 11.698/2008 foi a primeira norma a prever legalmente a guarda compartilhada, e alterando a redação do art. 1.583, § 1º, do código civil, conceituou a guarda compartilhada como "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." Ou seja, passou a assegurar a ambos os genitores, uma responsabilidade conjunta e conferiu-lhes, de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental, onde não mais se limitou ao genitor que não detém a guarda, a tarefa de fiscalizar o outro. Os pais continuam

com todos os ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se inclusive à pena de multa se agir dolosa ou culposamente.

Com o advento da lei, a guarda compartilhada passou a ser uma opção, onde sempre que fosse de interesse aos pais e conveniente para os filhos, a mesma seria incentivada. Os filhos passariam a ter uma residência principal, mas os pais continuariam a ter responsabilidade conjunta na tomada de decisões e responsabilidade de igual maneira sobre eles. Vejamos o entendimento de Simone Roberta Fontes:

> A guarda unilateral como a compartilhada, podem ser solicitadas pelas partes de comum acordo, ou quando o magistrado achar que é a melhor opção para o bom desenvolvimento do menor. Essa determinação judicial pode ocorrer independente da vontade das partes, disposições presentes no artigo 1.584 do Código Civil. (FONTES, 2009, p. 68)

Para Maria Helena Diniz, essa modalidade de guarda não retira de um dos genitores seu papel fundamental sobre a vida de seu filho menor, pois este continuava sendo portador de sua guarda, morando ou não na mesma residência. Para alguns doutrinadores a guarda individual (unilateral) seria uma forma de irresponsabilidade, pelo fato de diminuir os laços de afetividade e acarretando em efeitos negativos advindos da separação dos pais sobre o filho menor. O exercício da função parental tem de ser de forma igualitária bem como o compartilhamento das atividades cotidianas devem ser baseadas em cuidado e afeto, por ambos os genitores.

O objetivo da Lei nº 11.698/2008, era que no momento de sua aplicação, quando da separação dos pais de filhos menores, que a guarda compartilhada fosse regra geral e que sua utilização fosse pensada em um primeiro momento. Mas não foi o que aconteceu e a guarda unilateral continuou a ser bastante utilizada em nosso ordenamento jurídico, enquanto que a guarda compartilhada ficou em segundo plano, utilizada em poucos casos, quando os pais possuíam um bom relacionamento, amistoso e saudável, ou quando estes a requeriam em juízo.

Com a nova redação do artigo 1583, caso fosse deferida a guarda unilateral, a mesma seria atribuída ao cônjuge que revelasse melhores condições para exercê-la de forma a propiciar aos filhos, afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação, bem como obrigava o que não a detinha, o dever de supervisionar os atos do outro.

Dispondo sobre como era requerida a modalidade de guarda a ser aplicada, dizia o artigo 1.584 do código civil, com sua redação dada pela lei 11.698/2008:

> 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 divórcio, 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.
> [...]

Na audiência de conciliação, o juiz devia sempre informar aos pais, o significado da guarda compartilhada, alertando que a família conjugal chegava ao fim, porém a família parental continuaria com a escolha da referida modalidade de guarda, demonstrando sempre a importância da mesma para a vida dos filhos, conforme disposto no artigo 1.584, § 1**º,** do código civil. Deveria ficar tudo bastante esclarecido perante os pais, acerca da guarda compartilhada, assim como também as consequências geradas pelo não cumprimento ou alteração não autorizada do que fosse acordado, segundo o § 4º do mesmo artigo. Alguns casos contavam com o auxílio de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, conforme disposto no artigo 1.584, § 3º.

É importante ressaltar que com a mudança advinda com a Lei 13.058/2014, os acordos firmados perante a Lei 11.698/2008, não sofrem alterações de forma automática. É necessário o interesse de um dos pais, ou ambos e que os mesmos procurem o judiciário para que se faça a revisão no processo. Portanto, caso tenha necessidade ou interesse dos pais em modificar a situação da guarda dos filhos menores para a modalidade compartilhada, ou para outra situação mais específica, comprovando-se a necessidade para tal, devido a mudança na rotina dos filhos, será necessária a busca de tal revisão processual, nas vias judiciais. Os processos de pensão alimentícia não são interferidos pela nova lei, e permanecem do mesmo modo que foram fixados ou acordados.

No entendimento de Moacyr Amaral Santos: “a sentença atende aos pressupostos do tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a relação jurídica, que continua sujeita as variações dos seus elementos constitutivos.” (SANTOS, 2005, apud FONTES, 2009, p. 71).

5 GUARDA COMPARTILHADA SOB A LEI Nº 13.058/2014

Advinda do Projeto de Lei da Câmara 117/2013 e publicada no Diário Oficial da União no dia 23 de Dezembro de 2014, a Lei 13.058/2014 alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil e estabeleceu o significado propriamente dito do termo guarda compartilhada e dispôs sobre a aplicação do referido instituto.

Quando ainda era projeto, no momento de justificar a matéria, o autor, deputado Arnaldo Faria de Sá, argumentou que a forma como a lei era interpretada, não conseguia resolver as questões às quais era dirigida. Segundo ele, a redação da lei induzia os magistrados a decretar a guarda compartilhada apenas nos casos em que os pais tinham uma boa relação após o final do casamento, evitando o uso do instituto justamente naqueles casos em que ele seria mais necessário, que é nas situações de desacordo.

A Lei trouxe algumas novidades muito importantes para o direito de família onde o instituto da guarda compartilhada passa a ser prioridade efetivamente, não ficando mais em segundo plano como antes. Os pais separados agora passam a ter tempo de convívio de modo igualitário e equilibrado, devendo decidir de mesmo modo sobre os interesses do filho. Não havendo acordo entre os genitores, o juiz ainda sim irá decidir pela aplicação da guarda compartilhada. Porém, se o pai ou a mãe abrir mão da guarda do filho, ou não se mostrar capaz para tal, o juiz não aplicará a modalidade, não obrigando que a criança passe metade do tempo na casa de um dos pais, sem a vontade deste.

A Lei 13.058/2014 não alterou o conceito de guarda compartilha que já existia com a Lei 11.698/2008, continuando a ser entendida como “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.” (art. 1.583, § 1º). Porém complementou no § 2º, ao dispor 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”. Quando os pais morarem em cidades diferentes, a lei trata dessa situação, dispondo que a cidade escolhida como base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, conforme previsto no § 3º.

Na hipótese de ser fixada a guarda unilateral, vejamos o que diz o artigo 1583, § 5º do código civil, com a inovação em sua redação:

> Art. 1.583 A guarda será unilateral ou compartilhada.
> [...]
> § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

A Lei n° 13.058/2014, visando garantir esse direito dos pais, acrescentou no art. 1.584 do Código Civil o § 6º, o qual prevê que os estabelecimentos públicos e privados ficam obrigados a prestar informações a qualquer dos genitores sobre seus filhos, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. Essa multa deve ser cobrada na via judicial, ou seja, na Justiça Estadual (Vara de Família se houver), devendo o pai ou a mãe, comprovar que a sua solicitação não foi atendida.

Quando não houver acordo entre os pais a respeito da guarda dos filhos e estando ambos aptos a exercerem o poder familiar, será escolhida a guarda compartilhada, salvo se um dos pais declarar ao magistrado que não deseja a guarda, inovação advinda com a Lei 13.058/2014 no § 2º do artigo 1.584 do código civil. Continuou prevista a possibilidade de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe em tempo equilibrado para ambos (§ 3º), bem como a redução de prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda, caso ele altere de forma não autorizada ou descumpra de forma imotivada alguma cláusula estabelecida anteriormente (§ 4º) e a imposição da guarda do menor a outra pessoa, observando o grau de parentesco, caso o juiz verifique que o filho não deva permanecer sob a guarda do pai ou da mãe (§ 5º), tudo isso previsto artigo 1.584 do código civil.

Não devemos confundir guarda compartilhada com guarda alternada, tendo em vista que nesta última, pai e mãe se revezam em períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas, ou seja, em alguns dias a mãe terá a guarda exclusiva da criança e em outros será o pai. Para Flávio Tartuce, as inovações da guarda compartilhada, transformariam a criança em um “nômade” onde esta não teria um referencial de lar, observe:

> Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece como cada um dos genitores por períodos ininterruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua malinha ou mochila para ir à outra casa. É altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. (TARTUCE, 2013, p. 1224).

Quando o magistrado for fixar a guarda, ele deverá levar em consideração as necessidades específicas da criança ou adolescente, pautando-se sempre no princípio do melhor interesse da criança. Vale ressaltar que regras estabelecidas de modo informal pelos pais, não têm valor jurídico, devendo os mesmos sempre procurar o poder judiciário para que se legalize e formalize a situação da guarda. A respeito da conciliação ocorrida entre as partes, a lei 13.058/2014 diz que:

> Art. 1.585 - Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte.

A respeito do poder familiar, a lei abordou a temática e no artigo 1.634 do código civil, ficou estabelecido que:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

6 BENEFÍCIOS E PREJUÍZOS

Um dos pontos positivos da nova lei é que os pais vão poder conviver e partilhar melhor da companhia do filho, o que não era possível anteriormente, nos casos em que a guarda era unilateral, onde o pai ou a mãe que não detinha a guarda do filho era por diversas vezes limitado, prejudicado, impedido pelo outro e tinha apenas o direito de visitas. Infelizmente ficava esquecido que o poder familiar, como o próprio nome diz, é familiar e não paterno ou materno. A ideia agora é que a criança possa conviver melhor com ambos os pais, pensando sempre no seu melhor interesse e esses se sintam igualmente responsáveis por ela.

Porém, parte da doutrina tem criticado bastante as referidas alterações legais, pelo fato de que a guarda compartilhada prevê, no entendimento desses mesmos doutrinadores, um bom relacionamento entre os pais, que agora estão separados. Ou seja, em caso de divórcio litigioso, onde os pais estão em disputa, a aplicação da guarda compartilhada, para alguns doutrinadores, não faria bem para o menor, tendo em vista que ele teria de conviver e acompanhar a batalha entre os pais, refletindo negativamente no seu psicológico.

Para Gisele Câmara Groeninga, a forma de compartilhar a guarda, reduziria o tempo de convívio entre pais e filhos, veja:

> No entanto, a meu ver, a sanção contida na Lei com relação à diminuição do tempo de convívio com os filhos não está em sintonia com a atualidade do instituto, uma vez que reacende a competição e representa um retrocesso, colocando os filhos como prêmios ou alvo indevido de instrumento de punição. (GROENINGA, 2008, p. 32).

O fato de a nova lei impor aos pais algumas cláusulas, tais como a escola que ele irá estudar, o tempo de cada um passará com a criança ou as obrigações de cada genitor, entende-se que isso só seria possível se partisse de um bom relacionamento entre os pais.

Nesse sentido, com razão, assevera Ana Carolina Silveira Akel:

> Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo. (AKEL, 2008, p. 126).

Enfim, apesar de a guarda compartilhada se mostrar como a modalidade ideal, ela tem que ser conquistada com a conscientização dos genitores e não como algo imposto a eles, o que gerará um efeito inverso e talvez até acirre o relacionamento já desgastado dos pais da criança.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, pode se perceber que o instituto da guarda compartilhada sofreu alterações muito importantes tanto com a lei 11.698/2008, onde ela passou a ser conceituada e prevista no direito de forma legal, sendo usada sempre que possível, bem como com a referida lei 13.058/2014, a qual foi tema deste trabalho, tornando-a regra no momento de definição da guarda do menor. A temática está sendo bastante discutida por juristas e doutrinadores reconhecidos no cenário nacional, por conta das relevantes mudanças que a modalidade de guarda trará se aplicada, pelo fato de envolver uma questão que é de grande importância para a formação de todo ser humano, qual seja, a convivência familiar, principalmente na fase da infância e adolescência. A questão divide opiniões e se torna tema de debates, onde há quem seja a favor da guarda compartilhada como regra, bem como, quem acredita que ela deva ser aplicada sempre que possível, em casos específicos. O objetivo do trabalho foi demonstrar como a guarda compartilhada já estava prevista nos ordenamentos jurídicos relativos ao assunto, bem como as mudanças que ocorreram, resultados estes conseguidos com o presente trabalho.

Por fim, ficou claro que a questão tem que ser bastante discutida no momento da ruptura conjugal dos genitores da criança ou adolescente, onde nessa oportunidade o juiz deve analisar o caso concreto, explicar aos pais questões de grande importância sobre a temática, os deveres compartilhados de cada um, sempre lembrando que o que está em jogo é sem dúvida o melhor interesse da criança e seu bem estar, tendo em vista que a decisão que ali for tomada trará grandes efeitos na criação de sua personalidade e no modo que ela irá viver em sociedade. A guarda compartilhada deve sim ser aplicada como regra, mas com certeza haverá casos onde sua aplicabilidade não trará bons resultados, seja pelo relacionamento não amistoso em que os pais se encontrem, seja pelas condições

fáticas a respeito do melhor lugar para a criança morar, como em casos de cidades diferentes dos pais, ou seja, por que simplesmente um dos pais abra mão da guarda da criança. Enfim, a questão tem que ser observada de perto, pois não estamos falando de algo simples, mas sim de uma decisão que trará conseqüências, boas ou ruins.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira, **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL, Constituição, 1988.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

BRASIL, Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014.

BRASIL, Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do Contrato Parental à Socioafetividade**. In: ARONNE, Ricardo (Coord.). Estudos de Direito Civil – Constitucional. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. São Paulo: Pensamentos&Letras, 2009.

GONÇAÇVES, Carlos Roberto, **DireitoCivil Brasileiro**, volume VI: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 6. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada: considerações interdisciplinares**. Revista Jurídica Consulex, n. 275, p. 32, publicada em 30/06/2008.

GRISARD, Waldyr Filho. **Guardacompartilhada um novo modelo de responsabilidade parental**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha, et al. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar**. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Método, 2013.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.**16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUARD SHARED THE LAW OF LIGHT 13.058/2014

ABSTRACT

This article demonstrates how was the joint custody of the institute before and after Law 13.058/2014 and talks about said change after the implementation of it in our legal system. This work will make a historical and conceptual approach, exposing the issue of forecasting the various standards and changes in the practice. The goal is to understand how it was dealt with the issue of shared custody in the relevant legislation and what has changed with the new law, its benefits and losses. The means of research used is the national bibliography and the legal standards that address the issue. The institution of joint custody is a necessary evolution to Brazilian law, which must always ensure the child's best interest and that it can live in a egalitarian way with both parents and that they can play the familiar power in a balanced way where the focus is the welfare of the child.
Keywords: Family Law. Shared custody. Law 13.058/2014.