



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

**GUARDA COMPARTILHADA: implicações decorrentes da lei nº
13.058/2014**

Thays Marcyelle Rodrigues Machado
Prof. Carlos Costa

Aracaju
2015

THAYS MARCYELLE RODRIGUES MACHADO

GUARDA COMPARTILHADA: implicações decorrentes da lei nº 13.058/14

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 03 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora

Carlos Costa

Universidade Tiradentes

Luciana Rodrigues Passos Nascimento

Universidade Tiradentes

Hélder Leonardo de Souza Goes

Universidade Tiradentes

GUARDA COMPARTILHADA: implicações decorrentes da lei nº 13.058/2014

Thays Marcyelle Rodrigues Machado ¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar e compreender a principal finalidade, alcance e as vantagens do instituto da guarda compartilhada no Direito de Família brasileiro entendendo sua estruturação e sua nova dinâmica a partir das inovações trazidas pela lei 13.058 de 2014. Uma vez que este instituto garante a continuidade do exercício simultâneo e igualitário do poder familiar após a separação dos genitores, minimizando os efeitos negativos que a separação dos pais provoca na vida dos filhos. Adotou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental, e a sucessão de três etapas. Na primeira, contextualiza-se o afeto como pilar das relações afetivas. Na segunda, analisa-se o instituto da guarda compartilhada e sua evolução. Na terceira, examina-se as modificações da nova lei de guarda compartilhada, para enfim, apresentá-la como uma solução mais benéfica para a nova realidade jurídica e social do Brasil.

Palavras-Chave: Poder familiar. Guarda. Guarda Compartilhada.

1 INTRODUÇÃO

Nos primórdios, a família era patriarcal, a relação familiar era hierarquizada, como consequência a mulher, era dominada pelo homem. O Pátrio Poder era exercido apenas pelo *pater*, isto é, pelo Pai que exercia total controle sobre a família e patrimônio da mesma. No entanto, com a evolução da sociedade e com o crescente avanço da ciência jurídica a família apresentou uma nova estrutura e as relações passaram a ser baseadas no afeto.

A partir da revolução industrial a mulher passou a ter mais independência em muitos aspectos de sua vida e os relacionamentos tiveram de lidar com o problema da dissolução conjugal. Como consequência da evolução social e jurídica o poder familiar foi transferido para ambos os pais, de forma igualitária e, além disso, priorizou o melhor interesse do menor que passou a ser preservado independente

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: thaysaele@hotmail.com

de qualquer circunstância.

No Brasil, a importância deste tema tomou grandes proporções com a edição da Lei 13.058/2014, Lei de Igualdade Parental, popularmente conhecida como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, que estabeleceu o direito de ambos os pais conviverem com seus filhos de forma contínua e igualitária, com o objetivo de solucionar o problema da convivência com um dos pais, ou melhor, aquele que não detinha a guarda.

Esta problematização, a respeito da Guarda Compartilhada no Brasil, teve como ponto de partida a Lei 11.698/2008, modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Entretanto, somente com o advento da Lei 13.058/14, a guarda compartilhada foi introduzida como uma determinação jurídica, mesmo nos casos de litígios, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a Guarda Compartilhada é a maneira mais benéfica de lidar com o relacionamento entre pais e filhos após uma dissolução conjugal, pois, a nova legislação garante a igualdade entre homens e mulheres no exercício do poder familiar, além de minimizar os efeitos negativos que a ruptura conjugal provoca nos filhos, fazendo com que estes cresçam com a presença de ambos os genitores. Tendo ainda por escopo ressaltar aspectos importantes acerca dos efeitos jurídicos da lei 13.058/2014 que versa sobre guarda compartilhada obrigatória, trazendo suas principais inovações através da doutrina e jurisprudência. Para tanto é necessário discorrer sobre a evolução histórica da guarda compartilhada, sobre o instituto da guarda compartilhada e sobre as modificações decorrentes da lei 13.058/2014.

O texto buscará orientação teórica para estabelecer um diálogo com o Direito das Famílias, Amor e Bioética de Adriana Maluf (2012), Manual de Direito das Famílias de Maria Berenice Dias (2008) e Famílias de Paulo Lôbo (2008). Adotou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental, e a sucessão de três etapas. Na primeira contextualiza-se o afeto como pilar das relações afetivas. Na segunda, analisa-se o instituto da guarda compartilhada e sua evolução. Na terceira, examina-se as modificações da nova lei de guarda compartilhada, para enfim, apresentá-la como uma solução mais benéfica para a nova realidade jurídica e social do Brasil.

2 O AFETO COMO PILAR DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Concernente, a origem da família tomou-se como ponto o direito romano, onde a família era fundamentada sob o princípio da autoridade, da hierarquia, sua estrutura era patriarcal, o Pátrio Poder era exercido somente pelo *pater*, ou seja, pelo Pai, este exercia domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma. A mulher não tinha uma função de destaque na sociedade, tendo por dever servir ao marido e aos filhos (GONÇALVES, 2009).

Em outras palavras, o poder do *pater* era absoluto, incontestável e ilimitado, tendo a família como se sua propriedade fosse. O *pater* famílias era responsável por seu lar, assim como o rei era responsável por seu povo. A mulher era a parte submissa, totalmente subordinada à autoridade marital ficando encarregada de cuidar do lar e dos filhos, sendo esta sua função.

Torna-se relevante destacar, que as relações não eram amparadas pelo afeto, em função do ideal marcado pelos costumes, a influência religiosa, o interesse material e do poder, sobrepunham a esse sentimento, pela valorização da hierarquia de classes, em nome da manutenção de *status* estabelecido pelo homem e não diretamente ligado a Deus (MALUF, 2012).

O amor, a solidariedade, o respeito não eram primordiais para que as famílias fossem constituídas, a dignidade da pessoa humana não era levada em consideração, havia apenas a proteção ao núcleo familiar pela igreja. Neste sentido, afirma (MALUF, 2012, p. 243) que “A religião do lar e dos antepassados representava a formação basilar da família na antiguidade. Desta forma, temos que a família antiga é uma associação religiosa, mais do que uma associação natural.”

Em virtude das modificações sociais e jurídicas, a família sofreu alterações no curso do tempo e da história. Influenciada por fatores de ordem cultural, religiosa, econômica e política. O sistema patriarcal não resistiu ao espaço adquirido pela mulher em função da revolução industrial, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a família sofreu alterações importantes, pois o homem deixou de ser a única fonte de renda, ou seja, de subsistência familiar, desvinculando a mulher da dependência financeira masculina. A família passou a ser nuclear restrita ao casal e

aos filhos (PEREIRA, 2006, DIAS 2009).

Observa-se, que a partir das inovações trazidas pelo século XX, a mulher passou a ganhar autonomia em detrimento de motivações econômicas e de movimentos como o feminismo. A família, no entanto, teve que se adaptar a essa nova estrutura, tornando-se o afeto o vínculo essencial, pois conforme afirma (PEREIRA, 2006, p. 180) “a mulher deixou de ficar presa ao marido por questões econômicas e de sobrevivência, e seu vínculo passou a ser preponderantemente por questões afetivas”.

O mundo jurídico também acompanhou tais inovações, passando a ter como princípios norteadores das relações a liberdade e a igualdade. Tais princípios possibilitaram a disseminação do divórcio e o reconhecimento da família natural, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que sendo um princípio basilar do direito contemporâneo, vê o indivíduo como merecedor de tutela, assegurando desta forma, elementos básicos para sua sobrevivência.

Segundo leciona Maria Berenice Dias (2009, p.61):

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Hodiernamente, a família não é mais vista como alvo de proteção em si mesma, senão em razão do ser humano. A valorização definitiva e intransferível é da pessoa humana, desta forma, cada ente familiar é portador desta segurança jurídica, tendo seus próprios interesses valorizados, sobrepondo-se à proteção justificada por si mesmo. Vale à pena ressaltar que sem seus componentes a família não subsiste, tendo por caráter primordial a valorização definitiva da pessoa humana.

Ainda em seu estudo, Maria Berenice (2009), destaca que na medida em que a ordem constitucional sublimou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma valorização da pessoa como ser humano. Em razão

disso, o fenômeno ocasionou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de sorte que colocou a pessoa humana no centro protetor do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um direito essencial e indissolúvel do homem não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas define sua ação positiva. Sendo assim, o Estado não deve somente abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas acima de tudo deve promover em seu domínio essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano (DIAS, 2009).

A Carta Magna de 1988 tem como centro a pessoa humana e a proteção de seus direitos, bem como o desenvolvimento de sua personalidade, tutelada na medida em que promove a dignidade dos membros da família e acima de tudo, do menor, com igualdade substancial e solidariedade entre eles, como se constata de seus artigos 1^a e 3^a.

Em face deste novo perfil da família, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade para exercer de forma plena sua autonomia, necessitando do auxílio dos pais ou de alguém que exerça a função materna e paterna (PEREIRA, 2006).

Sob essa égide de direitos e garantias fundamentais, encontramos o princípio do melhor interesse da criança/adolescente, constantes do Estatuto da criança e do adolescente, que trouxe normas de direito material e processual, de natureza civil e penal, reconhecendo os menores de 18 anos como sujeitos de direito.

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais (DIAS, 2009).

Em se falando de proteção ao menor, o que deve prevalecer é o direito a dignidade e o desenvolvimento integral, tais valores devem ser preservados pela família em função de se preservar ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente são justamente detentores desta posição no núcleo familiar, pois estão em processo de amadurecimento e formação da sua personalidade (PEREIRA, 2006).

A convivência familiar deve ser regida por um ambiente de amor e segurança para o indivíduo em formação, no entanto, com o fim da relação conjugal, nem sempre o bem-estar dos filhos é levado em consideração pelos pais, uma vez que tendem a valorizar seus próprios interesses, visando prejudicar o cônjuge, não se importando com o melhor interesse da criança.

Diante deste quadro, ocorre uma completa inversão de prioridade, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como na separação conjugal. O poder familiar é estabelecido em função do filho e do melhor interesse para o desenvolvimento deste (LÔBO, 2008).

Assim, a doutrina da proteção integral encontra-se em consonância com a cláusula de tutela da pessoa humana, tendo por finalidade respeitar o crescimento do menor e, sobretudo, fornecer-lhe de modo responsável subsídios para o seu desenvolvimento. O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

Com a consagração do afeto como direito fundamental, tornou-se este, um elemento essencial para a manutenção das relações sócio-afetivas, pois se refere ao fato da família estar unida por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. É o salto, à frente da pessoa humana nas relações familiares, em consonância com o que afirma Paulo Lôbo (2009), ele identifica na Constituição alicerces substanciais do princípio da afetividade: a) destaca a igualdade de todos filhos independentemente da sua origem (CF, art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva destacando a igualdade de direitos (CF, art. 227, §§5º e 6); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes adotivos, com a mesma dignidade da família (CF, art. 226, § 4º); d) o direito à convivência familiar assegurado como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF, art. 227).

O princípio jurídico da afetividade não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja o desamor ou desafeição entre eles. Além disso, todos os filhos, independente de sua origem, se biológicos ou não, devem receber o mesmo tratamento não havendo distinção entre estes (LÔBO, 2008).

O afeto não é fruto da biologia, tampouco se trata de uma imposição jurídica de amar, mas sim, dos laços de afeto e de solidariedade que derivam da convivência familiar, não do sangue. Desta forma, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade sendo um direito a ser alcançado (DIAS, 2008).

Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Afinal a família contemporânea só faz sentido quando alicerçada no afeto. Tal responsabilidade esta em estreita consonância com o dever de criar e educar previsto constitucionalmente no art. 229 (PEREIRA, 2006).

3 DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Em decorrência da dissolução do vínculo conjugal, diversos fatores devem ser levados em consideração, principalmente quando da união nasceram filhos, pois, é fato que o fim do relacionamento dos pais não rompe o relacionamento com os filhos, tendo ambos os mesmos direitos e deveres para com eles, a separação dos pais, não pode jamais significar separação de pais e filhos (DIAS, 2008, LÔBO, 2008).

O rompimento do convívio dos pais, logo abala a estrutura familiar, não mais vivendo os filhos com ambos os genitores, portanto, é preciso que haja uma redefinição de papéis. Sendo assim, a guarda compartilhada ampara essa redefinição de papéis, pois ela é exercida em conjunto pelos pais, mesmo separados, de forma que assegura aos filhos a convivência e acesso livres a ambos (DIAS, 2008).

A guarda compartilhada surgiu por volta da década de 60, na Inglaterra, com a introdução do instituto da *commowlaw*² cooperou com o rompimento do tradicional deferimento da guarda única, que geralmente era concedida a mãe. Sendo assim, as decisões dos tribunais ingleses passaram a beneficiar o interesse do menor e a igualdade parental, possibilitando assim uma maior convivência entre o pai, a mãe e o filho (DONATO, 2014).

² Significa Direito Comum

Esta mudança de foco, também, poderá ser notada em outros países europeus, na França, a Lei de 04 de março de 2002 alterou substancialmente o regime de autoridade parental, inseriu o art. 373-2-9 no Código Civil, com isto estabeleceu preferencialmente a guarda compartilhada e a regulação da residência alternada, conforme periodicidade definida pelos pais ou fixada pelo juiz (LÔBO, 2008).

Na Holanda, a guarda compartilhada através da legislação e jurisprudência foi atribuída como preferência, segundo o princípio da continuidade, mesmo após o divórcio de pais casados ou separação de pais não casados (LÔBO, 2008).

A legislação Alemã tratou o instituto de modo diferenciado, a legislação sofreu uma reforma em 1998, sendo que no §1626^a, I, do Código Civil, ficou estabelecido que os pais não casados só terão guarda compartilhada se ambos fizerem declaração nesse sentido, porém se não houver o acordo, a guarda será da mãe (LÔBO, 2008).

No Brasil, com o advento do princípio do melhor interesse da criança, tutelado na Constituição Federal, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidados ao início da década de 90 do século XX, pouco importa que o filho fique sob a guarda do genitor que foi estimado culpado pela separação, o que deve ser levado em consideração é o bem-estar do menor (LÔBO, 2008).

No entanto, a doutrina só admitia a possibilidade de guarda compartilhada quando não houvesse conflitos entre os pais, priorizando seus interesses em detrimento dos do menor, ocasionando a ausência de um dos pais. Posteriormente, com o advento da lei 11.698/2008, assegurou que a ambos os genitores seria conferida responsabilidade conjunta, conferindo-lhes igualmente, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental (GONÇALVES, 2009).

No entanto, o Poder Judiciário já vinha reconhecendo tal possibilidade, mesmo quando houvesse conflito de interesses entre as partes, conforme demonstrado no precedente do TJRJ, Apelação Cível nº 2008.001.00452, em 01/04/2008, Quinta Câmara Cível, Relator Des. Antônio Saldanha Palheiro, Rio de Janeiro.

A guarda compartilhada é um modelo que acarreta um menor surgimento de

seqüelas emocionais e sociais no desenvolvimento dos filhos, pois tem como objetivo minimizar os traumas emocionais, pois a ausência do referencial da figura paterna ou materna traz conseqüências em virtude das lacunas psíquicas, ou ainda, o conflito de lealdade, que ocasiona uma divisão na personalidade dos filhos, assim, pode comprometer a integridade psíquica dos filhos, conforme diversas pesquisas no campo da psicanálise (LÔBO, 2008).

Dessa maneira, a guarda compartilhada é um instrumento de auxílio para os pais separados que acarreta mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam mais presentes na vida dos filhos. Mesmo que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Tornando-se desnecessária a guarda exclusiva que priva os filhos da presença cotidiana de um dos genitores (DIAS, 2008, LÔBO, 2008).

A proposta é preservar os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos. O exercício do poder familiar é responsabilidade de ambos os genitores, independente do fato de conviverem juntos ou não. Sendo, o modelo de guarda compartilhada, portanto o mais recomendável (DIAS, 2008).

O art. 1.583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, define 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.”

Na guarda compartilhada a residência do menor não necessariamente será com a mãe, mas sim com o genitor que apresentar melhores condições, e quando se diz “condições” não são apenas as financeiras, mas também as de carinho, afeto, amor, dedicação. No entanto, apenas um dos genitores terá a guarda física, mas ambos detêm a guarda jurídica. A criança precisa de uma estabilidade e não perder assim seu ponto de referência domiciliar, por isso a ideia de uma residência fixa, mas nada impede que o filho tenha quarto e coisas pessoais nas duas residências. (LÔBO, 2008).

Outro ponto relevante a ser discorrido, é quanto à fixação de alimentos, a guarda compartilhada não impede que os alimentos sejam fixados, afinal regras precisam ser estabelecidas em virtude da proteção do menor. Muitas vezes os genitores não gozam das mesmas condições financeiras, sendo importante que este

ponto fique bem definido para que não haja prejuízo pro filho. As despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais (DIAS, 2008).

Uma modalidade que muito se confunde com a guarda compartilhada é a guarda alternada. No entanto, são completamente distintas, pois na guarda alternada o interesse dos pais sobrepõe ao dos filhos, a criança/adolescente é dividida entre os pais, passando a viver alternadamente na residência de um e de outro. Um exemplo comum deste instituto, o filho reside durante quinze dias na casa de cada um dos pais, ou por períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro, reside com um dos pais no período escolar e com outro durante as férias, quando os genitores residem em cidades distintas (DIAS, 2008, LÔBO 2008).

Como podemos observar a guarda compartilhada tem inúmeros pontos positivos no que diz respeito às vantagens para sua aplicabilidade. Grisard Filho (2009), enuncia algumas vantagens da guarda compartilhada em relação aos pais e em relação aos filhos. Para os pais as vantagens são: a) os genitores em equidade de condições mantêm a guarda de seus filhos; b) qualificação na capacidade de cada um deles; c) os pais têm vantagens quanto ao tempo livre para a organização de suas vidas pessoais e profissionais; d) há uma divisão dos gastos e das despesas para a manutenção dos filhos menores evitando sentimentos de revolta ou injustiça com relação a parte que se sentir prejudicada; e) estimula uma maior colaboração para redução dos conflitos, o que traz mais benefícios para os filhos; f) abranda os sentimentos de culpa e frustração; g) admite uma melhor adaptação do tempo na reconstrução das vidas pessoal e profissional dos ex-cônjuges.

Em relação às vantagens para os menores, continua o referido autor, são: i) convívio igualitário com o pai e a mãe, bem como sua inclusão no novo grupo familiar de cada um deles; ii) diminui a participação do menor em brigas familiares; iii) garante uma convivência igualitária com cada um dos pais; iv) amortece a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda unilateral; v) diminui conflitos de lealdade; vi) beneficia o desenvolvimento da criança e proporciona a convivência com os papéis masculinos e femininos, paterno e materno, assim facilita os processos de socialização e identificação; vii) abranda a tendência dos pais em usarem os filhos como armas para atacar os ex-cônjuges e viii) boa modalidade de relações

parentais.

Em contraponto à argumentação acima podemos elencar pontos negativos da guarda compartilhada como, por exemplo, o receio de que filho não tenha muito contato com a mãe ou pai, considerado (a) indispensável no constante convívio com os filhos, ou, que os pais que devem atuar como guardiões conjuntos, pratiquem como representantes do filho menor, de forma isolada, atos da vida civil e, não havendo aceitação em relação aos atos praticados, iniciem-se novas batalhas judiciais levando ao surgimento de traumas psicológicos impedindo que a criança tenha o equilíbrio que precisa (DONATI, 2014).

Como todo instituto social e jurídico a guarda compartilhada apresenta vantagens e desvantagens, no entanto, é que mais se adequa a realidade brasileira, sendo, portanto o melhor modelo de guarda a ser adotado, já que com ele a criança terá mais estabilidade o que é essencial para que a criança tenha um desenvolvimento saudável e com a participação dos pais. O entendimento é de que a criança tenha um relacionamento com os pais, pois é um direito essencial da criança ser educada pelo seu pai e pela sua mãe. A importância da manutenção dos vínculos afetivos com seus genitores tem sido altamente defendida pela legislação pátria (DONATO, 2014).

4 MODIFICAÇÕES DECORRENTES DA LEI 13.058/2014

O mundo atual sofreu um aumento expressivo de rupturas nos relacionamentos familiares, afetando a convivência dos filhos com os pais. A sociedade brasileira infelizmente está inserida nesse índice crescente de divórcios o que fez com que o legislador buscasse uma nova forma de guarda que viesse abrandar o sofrimento principalmente da criança, fazendo jus ao princípio constitucional da supremacia do interesse do menor. A guarda compartilhada já vinha sendo utilizada em outras legislações, pois a tendência mundial é que ela seja reconhecida como forma mais adequada nas relações entre pais e filhos (FERREIRA, 2015).

A legislação pátria aborda vários artigos que mostram que a guarda compartilhada é o modelo ideal e mais humanitário, por beneficiar aos envolvidos

muito mais do que as demais guardas. Na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, em seus artigos 4º e 5º temos: “Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e “Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Na Carta Constitucional pátria, o §5º, do artigo 226 determina que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Ainda na Constituição no artigo 227, “caput” destaca-se que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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, exploração, violência, crueldade e opressão”; O artigo 229, da Constituição declara: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

No âmbito do Código Civil de 2002, está inserido em artigo 1.566, “caput”, e inciso IV que: “São deveres de ambos os cônjuges” [...] IV – “Sustento, guarda e educação dos filhos”. Na Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que estabelece nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 e dispõe em seu art. 1.583, § 1º, que: compreende-se por a 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”. No seu art. 1.584, “§ 2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. A Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) possui vários artigos que podem ser aplicados no caso da guarda compartilhada. No entanto, serão citados apenas os artigos 19 e 27 da referida lei. Artigo 19: “Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família [...]”. Artigo 27: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação os filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (DONATI, 2014).

A Lei 13.058 de 2014 é fruto do Projeto de Lei 117/2013 de autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, conhecida como Lei da Igualdade Parental tratou do tema, definindo a expressão “guarda compartilhada” e dispôs sobre a sua aplicação.

Para tanto, alterou alguns artigos do Código Civil são estes: os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil (MARTINS, 2015).

Essa lei trouxe mudanças significativas para o instituto, como o modo de compartilhamento, onde garante a convivência equilibrada com ambos os pais, sempre tendo como prioridade as condições fáticas e os interesses dos filhos; a base de moradia, será sempre aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, nos casos em que os pais mudarem de cidade; a obrigação do juiz de impor a guarda compartilhada em caso de litígio; a obrigação dos estabelecimentos privados ou públicos a fornecerem informações para os pais sobre os filhos, sob multa diária de R\$ 200,00 a R\$ 500,00; e o direito do genitor não guardião de supervisionar o interesse dos filhos, tendo a faculdade de solicitar informações e prestação de contas, se caso o casal optar pela guarda unilateral (VIERA, 2015)

De acordo com o caput do artigo 1.583 do Código Civil, a guarda unilateral como também a guarda compartilhada, servem como opção de proteção aos filhos após a ruptura do vínculo afetivo entre os genitores. Na primeira parte do § 1º do artigo 1.583, em conformidade a atual lei, define-se a guarda unilateral, esta somente será atribuída a um dos genitores ou a alguém que os substitua. Como já é sabido na guarda unilateral, apenas um dos pais detém a guarda enquanto o outro tem apenas o favor da visitação regulamentada. Na segunda parte desse mesmo parágrafo a guarda compartilhada é definida como um sistema de corresponsabilidade dos pais no exercício da autoridade parental mesmo após a ruptura conjugal, visando atender a necessidade do menor e manter a estrutura familiar sem perder a referência dos pais. É importante observar a dualidade do sistema contido no caput do artigo 1.583, no entanto, é perceptível que não se exclui a possibilidade de aplicação de outros modelos de guarda, porém a guarda alternada não está disciplinada na lei brasileira (VIEIRA, 2015).

Já o § 3º do artigo 1.583 define que, a base de moradia será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, no caso dos pais mudarem de cidade, a guarda pode ser unilateral cabendo ao outro o direito de visitas e não fica eximido de supervisionar os interesses do filho menor (VIERA, 2015).

O § 4º do artigo 1.583, conforme a nova lei foi vetado, uma vez que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser estabelecida tanto por consenso entre os

pais devidamente homologado pelo juiz ou por determinação legal, assim como pode haver sua modificação em favor do melhor interesse do menor, na hipótese de haver motivo grave ou alterar os fatores que determinam a guarda. Em razão dessa imprecisão contida no dispositivo, a Presidente da República vetou o § 4º do artigo (VIEIRA, 2015)

No que se refere a alteração do § 5º do artigo 1.583, estabelece-se que o genitor não guardião tem o direito de supervisionar o interesse dos filhos, podendo inclusive solicitar informações e prestação de contas, se caso o casal optar pela guarda unilateral (VIEIRA, 2015)

No momento em que havia a determinação da modalidade da guarda, o §2º do artigo 1.584 do Código Civil elencava que, caso não houvesse um acordo entre os pais, a guarda compartilhada seria aplicada ao caso concreto sempre que possível, sendo a prioridade nos casos de dissenso. A partir da alteração trazida pela lei n. 13.058/2014 o texto do referido parágrafo, suprimiu o termo “sempre que possível”. Atualmente, o dispositivo determina que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor” (MARTINS, 2015).

O caput do art. 1.584, ratifica a dualidade do sistema de guarda, unilateral e compartilhada. É importante observar que os incisos I e II do artigo 1.584 do atual Código Civil, não sofreram alterações com a elaboração da lei n. 13.058/2014, estes dispõem respeito das formas de estabelecimento de guarda, a guarda será unilateral ou compartilhada e poderá ser requerida pelo pai e pela mãe, por consenso ou por determinação judicial. Portanto, se não existir consenso entre os genitores acerca da determinação da guarda, qualquer um deles poderá requerê-la em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Nesses casos, o juiz homologará o acordo realizado pelos pais. A guarda também pode ser decretada pelo juiz, que observará as necessidades específicas do filho e a distribuição do tempo de convívio com o pai e com a mãe, conforme aduz o inciso II do artigo 1.584 do Código Civil (MARTINS, 2015).

De acordo com o § 1º do artigo 1.584 ficou estabelecido ao juiz o dever de, na

audiência de conciliação, cientificar ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, sua importância, a igualdade de direitos e deveres que competem aos pais e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Se não houver acordo entre os pais, conforme o § 2º do artigo 1.584, a guarda unilateral só será determinada a um dos genitores, quando o outro declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor, ou seja, ambos os genitores precisam concordar com a guarda unilateral. Desta forma, o juiz não pode determinar o compartilhamento. Mas se apenas um dos genitores não concordar com a guarda compartilhada, poderá o juiz determiná-la de ofício ou requerimento do Ministério Público. (VIEIRA, 2015)

Dessa maneira, independente da obrigatoriedade da lei, o que sempre irá prevalecer nas decisões dos magistrados será o interesse do menor, pois se verifica que em determinados casos de litígios, a guarda compartilhada só aumentará o conflito. Sendo assim, o § 3º do artigo 1.584 estabelece poderes ao juiz para, de ofício ou requerimento do Ministério Público, buscar em trabalho técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar subsídios à sua decisão. Amparado nesses elementos, o juiz estabelecerá a guarda compartilhada, determinando as atribuições dos pais e os períodos de convivência com os filhos de maneira equânime (VIEIRA, 2015)

Em relação ao § 4º do artigo 1.584 do Código Civil, ficou estabelecido que na audiência de conciliação, o juiz informará a ambos os genitores a respeito das sanções que lhes podem ser impostas pelo descumprimento de suas atribuições, advertindo-as quanto à necessidade de estrita obediência ao que foi homologado ou decretado (VIEIRA, 2015).

No § 5º do artigo 1.584, foi decretado que sempre que se verificar a inconveniência dos filhos em permanecerem na companhia do pai ou da mãe, o juiz poderá atribuir à guarda a terceira pessoa que demonstre aptidão com a natureza da medida. Porém, é necessário observar a preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade entre o guardião e o menor. Vale ressaltar que, na guarda unilateral ou na guarda compartilhada, o terceiro poderá dividir as responsabilidades com o pai ou a mãe do menor, como entre um dos pais e os avós, um avô materno e uma avó paterna, entre ambos os avós paternos e os avós maternos, um dos pais e um parente ligado ao menor por laços de afinidade e afetividade, um dos pais e seu companheiro (VIEIRA, 2015)

Conforme estabelecido no § 6º do artigo 1.584 a os estabelecimentos privados ou públicos são obrigados a prestarem informações para ambos os pais sobre os filhos, sob multa diária de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 (VIEIRA, 2015)

As interferências ocasionadas pela lei n. 13.058/2014 quanto à guarda compartilhada almejam a efetiva concretização dos princípios de proteção e do melhor interesse dos menores. No entanto, o intérprete da norma deve compreender as necessidades de cada filho menor, a fim de seja descoberto o meio mais adequado para o seu desenvolvimento (MARTINS, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se se auferir que é de fundamental importância para os filhos que o pai e a mãe estejam presentes em suas vidas, para que haja um melhor desenvolvimento do menor em todos os aspectos da vida humana. O interesse dos filhos são superiores aos dos pais, estes tem responsabilidades para com o menor e devem cumprir com excelência os seus papéis. Afinal, com o fim do vínculo conjugal o filho sofre o impacto e merece os devidos cuidados.

Conforme defendido neste trabalho, o modelo de guarda compartilhada é o que melhor atende a realidade social, psicológica e familiar, ou seja, o que mais protege os filhos menores, já que assegura a convivência com os pais, reduzindo os riscos de traumas.

Não restam dúvidas que a guarda compartilhada visa melhor amparar a criança e o adolescente e por isso foi acatado como forma prioritária pela legislação brasileira, seja em caso de separação amigável ou litigiosa, pois apresenta vantagens na relação entre os pais separados e os filhos. Sendo assim, a legislação estabeleceu como mandamento para o juiz, havendo a possibilidade dos pais cuidarem dos filhos sem nenhum prejuízo ao menor, a guarda compartilhada é obrigatória e automática.

Por fim, percebe-se que a guarda compartilhada ganhou relevância na legislação civil brasileira por recepcionar princípios elementares na relação afetiva entre pais e filhos. Diante disso, ela proporciona aos pais o exercício do poder parental de forma igualitária e benéfica, minimizando o sofrimento dos filhos.

REFERÊNCIAS

Azevedo, Álvaro Villaça. **Direito de Família**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Apelação Cível nº 2008.001.00452, em 01/04/2008, Des. Relator: PALHEIRO, Antônio Saldanha, Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 28 de Out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DONATO, Laryssa de Almeida. **A guarda compartilhada como forma de preservação dos laços de paternidade e da melhor proteção ao desenvolvimento da criança** Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=96aa5b781e408406>>. Acesso em: 19 de Out. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Francisco Rafael. **A Nova Sistemática da Guarda Compartilhada – Lei Nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 19 de Out.2015.

FILHO, Waldyr Grisard Filho. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

FONTENELE, Cristina. **Lei da Guarda Compartilhada aponta desafios para novo modelo de família**. Disponível em: <<http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=83979>>. Acesso em: 07 de Jun. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabu. **Direito das Famílias - Amor e Bioética**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Forense, 2012.

MARTINS, Larissa. **A guarda compartilhada: uma breve análise da lei n. 13.058/2014**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwiCp9PY8_IAhVFfZAKHRfQAJJo&url=http%3A%2F%2Fwww.fa7.edu.br%3A8081%2Fic2015%2F15-05-2015_22115716.docx&usg=AFQjCNFdD6bOKVWa5Cswp55t8FXeZGu5fg&sig2=5cgwS7fyJnMisNgHG7Az6w>. Acesso em: 19 de Out. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VIEIRA, Layane. **Guarda Compartilhada**. Disponível em:

<<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/09/GUARDA-COMPARTILHADA.pdf>>.
Acesso em: 19 de Out. 2015.

SHARED CUSTODY: IMPLICATIONS OF THE LAW Nº 13.058/2014

ABSTRACT

The aim of this study is to demonstrate and understand the main purpose, scope and advantages of shared custody of the Brazilian Institute on Family Law understanding its structure and its new dynamic from the innovations brought skin Law 13.058 of 2014. Since this Institute ensures the continuity of the simultaneous and equal exercise of parental authority after the separation of the parents, minimizing the negative effects that separation from parents causes in the lives of children. Adopted the deductive method, argumentative topic, supported by bibliographic and documentary survey, and the succession of three stages. Firstly, it contextualizes the affection as a pillar of affective relationships. Secondly, it analyzes the institute of joint custody and its evolution. Thirdly, it examines the changes the new law on joint custody, to finally present it as a more beneficial solution for the new legal and social reality of Brazil.

Keywords: Power Family. Guard. Shared custody.