UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃOEM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Priscylla Oliveira Diniz Costa

Orientadora: Lorena Costa Ribeiro

Aracaju
2015

PRISCYLLA OLIVEIRA DINIZ COSTA

A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

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

A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Priscylla Oliveira Diniz Costa

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo tratar sobre o instituto da guarda compartilhada e a sua obrigatoriedade, a partir das modificações trazidas pela nova lei, visando sempre à proteção e o melhor interesse do menor, exercendo essa guarda de forma equilibrada entre os seus genitores. Sendo primeiramente retratadas as principais características e funções do poder familiar exercido pelos genitores até o fim do vinculo conjugal. Será também ressaltado à guarda e todas as suas modalidades e as principais vantagens e desvantagens do instituto da guarda compartilhada, assim como a fixação dos alimentos e os direitos de visita com a promulgação da nova lei.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada, obrigatoriedade, ruptura do vinculo conjugal, vantagens e desvantagens.

1 INTRODUÇÃO

O artigo visa abordar algo que vem sendo bastante discutido e sofrendo constantes modificações no ordenamento jurídico brasileiro: o instituto da guarda compartilhada. A questão a ser discutida nesse trabalho é a relevância de ter se tornado obrigatória esse tipo de guarda apresentando os seus pontos positivos e negativos em relação ao menor.

O instituto da guarda compartilhada está consubstanciado no ECA e no código civil, sendo que este último sofreu alterações na redação dos seus artigos, diante da promulgação da lei 13.058/14, tornando esse tipo de guarda a sua forma obrigatória.

A escolha do tema surgiu diante da sua grande importância para o conhecimento pela sociedade em relação às questões familiares, uma vez que tem se tornado ainda mais constante a busca pela igualdade entre as mães e os pais cujo vinculo conjugal não exista mais com o intuito de assegurá-los direitos e deveres e das várias transformações que vem ocorrendo durante o

tempo, visando sempre à proteção da criança e dos seus direitos. A guarda compartilhada é considerada o melhor instituto a ser inserido após o fim do casamento, através dela que haverá o equilíbrio da relação entre os genitores e os filhos contribuindo dessa forma para um melhor desenvolvimento dos filhos e evitando que eles sejam abandonados por um dos pais, cabendo a eles observar e guiar esse menor o melhor caminho a se seguir.

A fim de se alcançar o objetivo do artigo, primeiramente será analisado o poder familiar, demostrando as principais funções, direitos e responsabilidades até os casos de suspensão e extinção desse poder familiar. A seguir serão retratadas as modalidades de guarda bem como a relevância para o ordenamento jurídico. Será tratado também o principio em que são baseadas todas as relações das crianças com os seus pais em relação à guarda, o principio do melhor interesse do menor e por último vai tratar sobre o instituto da guarda compartilhada e a sua obrigatoriedade com a aplicação da nova lei.

A metodologia de abordagem utilizada no trabalho será a dedutiva, partindo-se do raciocínio geral a fim de se atingir o raciocínio específico, também será utilizado o método qualitativo por se basear em interpretações de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

2 PODER FAMILIAR

O poder familiar nada mais é do que a atribuição de direitos e obrigações aos genitores de menores de dezoito anos e incapazes, visando à sua proteção. Como leciona Maria Helena Diniz:

> O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (DINIZ, 2014, p.617).

De acordo com o art. 1.690, parágrafo único do Código Civil cabe aos pais “decidir em comum acordo as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”.

O que se nota é que esse poder que é de garantia de ambos os genitores ou excepcionalmente a um desses dois, quando por falta de um deles, é necessário a todo ser humano com a finalidade de educar, amparar, defender, guardar e cuidar dos interesses do menor.

> Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores e excepcionalmente, a um deles, na falta do outro (CC, art. 1.690, 1ª parte),

> exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens (DINIZ, 2014, p. 618).

De acordo com Rosa (2015), o poder familiar é visto hoje em dia, como uma obrigação dos pais em relação aos filhos em que não é limitada apenas a educação ou aos seus cuidados físicos, mas a fim de se conseguir um avanço na capacidade das crianças e adolescentes, sendo os alimentos os meios de forma de garantias de melhores condições para esse crescimento, seja ele: físico, emocional ou intelectual.

Com relação à titularidade desse poder familiar, o Código Civil de 1916 atribuía o exercício desse poder apenas ao marido, porém com a promulgação da Constituição de 88 essa ideia passou a ser considerada ultrapassada, pois tanto o marido quanto a sua mulher exercem de forma igual o determinado poder pátrio.

De acordo com o art. 226, §5º da CF, entende-se que os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal devem ser exercidos de forma igualitária pelo homem e pela mulher.

Como também foi reforçado pelo art. 21 do ECA "o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

No art. 22 do ECA ficou determinado as obrigações que cabem aos pais seguirem. "aos os pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

O código civil também enumerou um rol com outras obrigações dos genitores em relação aos filhos menores, sendo competente aos pais dirigir a criação e educação, tê-los como companhia e educação, sendo garantida também a representação de menores de 16 anos nos atos da vida civil e logo após essa idade prestar a assistência quando forem partes, reclamar de quem ilegalmente os detenha, como também, exigir obediência e respeito.

Mesmo com a separação judicial ou o divórcio esse exercício do poder familiar continuará mantido, como foi relatado por Sílvio de Salvo Venosa

> Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou o divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas (VENOSA, 2015, p. 337-338).

Sendo o filho não reconhecido pelo pai, o art. 1.633 do código civil assegura que nesse caso, o poder familiar será exercido exclusivamente pela mãe. Caso a mãe não seja conhecida, ou seja ela incapaz de exercer o determinado exercício, será nomeado um tutor para o menor.

As principais características do poder familiar são: a irrenunciabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade.

Segundo Rosa (2015), o poder familiar é considerado irrenunciável, por não poder ser renunciado de forma alguma, pois trata-se de um dever-função. É indisponível ou inalienável, por não poder ser repassado para outras pessoas através dos seus pais, a título gratuito ou oneroso. É imprescritível, pois mesmo nos casos em que ocorram o seu desuso, não levará os pais a perder a condição de detentores.

Existe uma particularidade no art.1.611 sobre filho fora do casamento, VENOSA (2015) diz que "reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro".

"A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial" (GONÇALVES, 2014, p. 432).

De acordo com o art. 1.635 do código civil, extingue-se o poder familiar:

I- Pela morte dos pais ou do filho;
II- Pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III- Pela maioridade;
IV- Pela adoção;
V- Por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A de ambos impõe a nomeação de tutor, para se dar seqüência à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão (GONÇALVES, 2014, p. 432).

> Dá-se a emancipação por concessão dos pais, homologada pelo juiz, se o menor tiver 16 anos completos (CC, art. 5º, parágrafo único, I). Mas pode ela decorrer, automaticamente, de certas situações ou fatos previstos no aludido art. 5º, parágrafo único, II a V (GONÇALVES, 2014, p. 432).
>
> A adoção extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante. Tal circunstância é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento daquele se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular (GONÇALVES, 2014, p. 433).
>
> A extinção por decisão judicial, que não existia no Código anterior, depende da configuração das hipóteses enumeradas no art. 1.638 como causas de perda ou destituição: castigo imoderado do filho, abandono do filho, prática de atos

> contrários à moral e aos bons costumes, reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar. (GONÇALVES, 2014, p. 433).

"I- Castigar imoderadamente o filho. Seria realmente iníquo que se conservasse, sob o poder de pai violento e brutal, o filho que ele aflige com excessivos castigos e maus-tratos" (GONÇALVES, 2014, p. 433).

"II- Deixar o filho em abandono. Prevê o art. 227 da Constituição Federal que a criança e o adolescente têm direito a convivência familiar e comunitária. O abandono priva o filho desse direito, além de prejudicá-lo em diversos sentidos" (GONÇALVES, 2014, p. 434).

"III- Praticar atos contrários a moral e aos bons costumes. Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes" (GONÇALVES, 2014, p. 434).

"IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas para a suspensão do poder familiar. Visa obstar que os pais abusem na repetição de conduta que pode ensejar, isoladamente, apenas a pena mais branda de suspensão do exercício do múmus em epígrafe" (GONÇALVES, 2014)

3 O INSTITUTO DA GUARDA

A guarda é uma modalidade muito importante para a sociedade, pois com o fim do casamento é através dela que se busca a melhor forma de proteção e o exercício de direitos e deveres pelos genitores.

"A guarda é um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando de sua alimentação, saúde, educação, moradia etc" (DA SILVA; MONTEIRO, 2012, p. 387).

> Segundo CARBONERA (2000, p. 44 apud ROSA, 2015, p. 47): O ato de guardar indica que, ou o que, se guarda está dotado, pelo menos, de duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.

Surge o interesse pelo instituto da guarda quando ocorre o nascimento dos filhos em que o casamento não seja mais possível de existir. Sendo essa guarda, um direito-dever dos pais baseada na convivência com os filhos. Como leciona Washington De Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares Da Silva:

> O interesse sobre o tema da guarda surge quando os filhos nascem de casamento em que não exista mais a comunhão de vidas, ou de união estável

> finda, ou, ainda, de relação que não seja havida como entidade familiar (DA SILVA; MONTEIRO, 2012, p. 387).

Segundo Rosa (2015) durante o casamento ou em maneira diversa de família, a guarda é exercida de forma comum entre os pais, ou seja, todas as decisões tomadas por um dos pais são aprovadas pelo outro. Ocorrendo a separação entre eles, serão divididas as suas funções, e as decisões passarão a ser tomadas unilateralmente. Caso ocorra discordância entre os genitores, ele deverá recorrer ao Judiciário.

O instituto da guarda divide-se em guarda unilateral, guarda alternada, a guarda atribuída a terceiros e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral é aquela em que apenas um dos dois genitores exerce e será responsável por todas as decisões.

> A guarda unilateral ou exclusiva ocorre quando apenas um dos genitores a exerce, com a tomada de decisões sobre educação e as demais prestações dos cuidados ao filho. Ao outro genitor cabe o direito/dever de visitas e fiscalizações (DA SILVA; MONTEIRO, 2012, p. 387).

De acordo com o art. 1.583,§1º do Código Civil, compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584,§ 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Segundo Rosa (2015), antes da introdução da nova lei n. 13.058/2014 estava presente no §2º do art. 1.583 do Código Civil em sua antiga redação que a guarda unilateral tinha que ser concedida ao genitor que possuísse melhores condições para exercê-la e pudesse oferecer aos filhos: afeto na relação com o genitor e sua família, saúde, segurança e educação.

Antes isso era visto como regra, nos dias atuais com essa nova lei isso passa a ter caráter excepcional, pois apresentando os dois genitores aptidão para exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada entre eles, salvo se um deles declarar ao juiz que não deseja exercer a guarda. Aquele que não detenha a guarda do menor será garantido o poder de monitorar os interesses do menor.

> Dessa forma, apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos (ROSA, 2015, p. 58).

Por bastante tempo a guarda compartilhada através da lei n. 11.698/2008 passou a ser confundida com a guarda alternada fazendo com que a aplicação da guarda compartilhada não pudesse ser exercida da melhor forma possível. A guarda alternada é aquela que de acordo com DA SILVA; MONTEIRO (2012) "não é bem vista no direito brasileiro, estabelecem-se períodos em que o filho permanece com um dos genitores e depois com o outro, sendo que, durante cada um desses períodos, um dos pais exerce a guarda com exclusividade, mantendo-se para os filhos dois lares".

De acordo com LEVY (2008, p. 60 apud ROSA, 2015, p. 58) "[...] a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados. Por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai".

O modelo de guarda alternada seja ele, jurídico ou material, é garantido a um e a outro dos genitores, ocorrendo à alternância em determinados períodos que o filho mora com cada um deles, sendo esses períodos destinados aos genitores a exercer de forma totalitária os direitos-deveres do poder parental.

A guarda em regra, é aquela em que é atribuída aos pais os direitos e deveres de terem a garantia de convivência com os seus filhos, cuidando e protegendo-os. Porém existem casos em que o juiz declara que tanto o pai como a mãe não possuem determinada capacidade para exercer a guarda. Sendo assim, a guarda será concedida a pessoa que possuir melhores condições ao menor. Será considerado de preferência o grau de parentesco e as relações de afinidade com a criança. Sendo de acordo com o ECA aplicada essa medida devido ser considerada a criança a exposição de algum perigo pelos seus pais.

> Art. 1584 CC. A guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser:
> § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá à guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

"Art. 33 ECA. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais".

Esse instituto é responsável por atribuir a uma pessoa, no caso o guardião, direitos e deveres com a finalidade de proteger e garantir as necessidades de outra pessoa que seja necessária. Entre essas responsabilidades estão a de assistência a sua formação moral, educação, diversão e cuidados com a saúde. Ao contrário da tutela, a guarda não gera destituição do poder

familiar, mas sim a transmissão para terceiros em uma família substituta provisória com a finalidade de cuidado da integridade física e psíquica do menor. Poderá ainda segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente ocorrer à guarda institucional que é aquela em que o menor é colocado em programas de acolhimento familiar ou institucional, sendo de forma provisória, devido a determinadas situações de riscos, deste modo o que se tem por objetivo é a tentativa de reintegração do menor na família ou em ultimo caso, colocar novamente de forma definitiva em uma família substituta.

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico com a Lei nº 11.698/2008, modificando os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil. A guarda compartilhada é aquela em que ambos os genitores participam de forma igual da educação, direitos e deveres do menor.

"Na guarda compartilhada, ambos os genitores participam igualitariamente da educação e de todos os deveres e direitos perante a prole. É solução que privilegia os laços entre pais e filhos" (DA SILVA; MONTEIRO, 2012, p. 387).

De acordo com Rosa (2015) A guarda compartilhada tem como principal finalidade a de manter os laços afetivos, tentando amenizar os acontecimentos ocorridos diante do fim do casamento e que possa atingir os filhos e também tem a função de manter em forma de igualdade a função parental entre os genitores.

> Todavia, essa nova modalidade de guarda deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que o menor tem uma residência fixa (na casa do pai, na casa mãe ou de terceiros) – única e não alternada, muitas vezes próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas atividades habituais e onde, é lógico, têm seus amigos (DE PLÁCIDO E SILVA, p. 1.365 apud LEVY, 2015).

Esse tipo de guarda é utilizada para poder ir além das restrições que são apresentadas na guarda unilateral, evitando assim que ocorra a síndrome de alienação parental. Todas às vezes em que os pais conseguirem manter uma boa relação mesmo com o fim da vida conjugal deixando de lado discordâncias em relação aos filhos, o melhor instituto a ser aplicado será a guarda compartilhada.

> A guarda compartilhada traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles (PEREIRA, 2012, p. 150 apud ROSA, 2015, p. 64).

> O que se propõe pela guarda compartilhada é manter uma convivência entre pais e filhos muito mais frequente e contributiva. Isso pode ocorrer por

> iniciativas corriqueiras, como acompanhá-los até a escola e os auxiliar na resolução das respectivas tarefas, participar dos eventos escolares e das reuniões pedagógicas, levá-los à natação, ao futebol, ao curso de línguas etc. Relevante é que os pais se façam presentes na vida dos filhos, interagindo com eles e ensinando-lhes, por suas atitudes, como se deve, ou não, instituir a própria identidade (ALMEIDA, 2012, p. 468 apud ROSA, 2015, p. 67).

A guarda compartilhada de acordo com BOULOS (2011, p. 77 apud ROSA, 2015, p. 71) é a soma de esforços e contribuições pelos seus pais visando garantir toda assistência aos filhos em um ambiente tranqüilo, possuindo determinado equilíbrio nas decisões tomadas, buscando também a garantia de uma boa convivência com toda a família além dos genitores.

Os princípios mais importantes que são reconhecidos e que regem o instituto da guarda compartilhada são: os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e o do melhor interesse da criança e do adolescente.

4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está previsto nos artigos 227 caput da Constituição Federal e no ECA.

> Art. 227 - 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, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Segundo Bressan, esse princípio determina que se o menor estiver envolvido em qualquer questão, deverá observar primeiramente o seu melhor interesse, deixando assim que os genitores não decidam nada em relação à própria vontade, mas sim em relação ao menor com a finalidade de protegê-lo.

> A sugestão da guarda compartilhada não traz consigo a finalidade de generalizar seu uso em qualquer caso de separação. Desta forma, para a sua correta aplicação, deve-se observar, antes de tudo, o princípio do melhor interesse do melhor, analisando o ajustamento dos filhos na sua referencia de moradia e se coexistem harmonia e respeito entre os pais (BRESSAN).

Esse princípio é considerado como direito fundamental, tendo que ser observado da melhor maneira pela sociedade e pelo Estado.

> **A guarda compartilhada pressupõe respeito e boa convivência entre os pais e, quando inexistentes tais condições, a guarda de forma unilateral melhor preserva os interesses do menor.** O legislador definiu a guarda

> compartilhada como regra, em atenção ao princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, pois reflete uma maior participação dos pais no processo de crescimento e desenvolvimento dos filhos e a pluralização das responsabilidades. No entanto, o modelo não deve ser imposto como solução para todos os casos. Na hipótese, os Magistrados observaram que ainda existe muita animosidade entre os pais, razão pela qual o compartilhamento da guarda, que deveria pressupor um compromisso de cooperação e negociação entre os genitores, com a finalidade de satisfazer prioritariamente as necessidades da criança, revela-se inadequado. Dessa forma, a fim de preservar o melhor interesse do menor, deferiu-se a guarda à mãe, assegurado o direito de visitas ao pai.
> *(Acórdão n.º 776120, 20110112281094APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisora: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2014, Publicado no DJE: 07/04/2014. Pág.: 479).*

De acordo com essa jurisprudência, a guarda compartilhada deve conciliar o respeito e a boa convivência entre os genitores, porém quando isso não ocorre deve-se aplicar a guarda unilateral visando à proteção ao princípio do melhor interesse do menor. Devido ainda existir muitos conflitos entre os pais é atribuída à guarda para a mãe e ao pai caberá o direito de visitas.

5 A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Como já mencionado anteriormente, a antiga lei que tratava sobre a guarda compartilhada fazia uma confusão em sua redação com a guarda alternada. Com a implantação da Lei n. 13.058/2014 foram expostos novos esclarecimentos sobre essa modalidade de guarda compartilhada. Com essa nova lei, o que antes era de caráter excepcional passou a ser regra. As decisões passaram a ser decididas pelo juiz independentemente da vontade dos genitores e mesmo havendo conflitos optará por ser aplicada essa guarda, com exceção de casos em que o genitor informar ao magistrado que não possui interesse na guarda do menor, chegando assim a evitar que ocorram casos de alienação parental por um dos seus genitores. A seguir serão tratadas as principais transformações que ocorreram com a aplicação dessa nova lei que trata essa guarda de forma obrigatória.

"Compartilhar, como a palavra já sugere, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta". THOMÉ (p. 17638 apud ROSA, 2015, p. 73).

Essa modalidade de guarda surgiu mediante a busca de uma forma de equilíbrio do poder parental, devido à mãe ser a guardiã do menor, tendo consigo a maior parte de convívio e o pai no caso possuir um contato restringido com o seu filho, buscando sempre o melhor interesse

deste. De acordo com Rosa (2015), essa guarda tem como principal objetivo amenizar os danos sofridos pelos menores em virtude do fim da vida conjugal dos seus genitores.

> Os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local de residência do filho, atendendo, sempre, ao seu melhor interesse, devendo ficar com um dos pais que apresente melhores condições ao seu pleno desenvolvimento. (GRISARD, 2014, p. 169 apud Rosa, 2015, p. 74).

Caberá ao juiz imparcialmente, decidir qual o melhor local para o pleno desenvolvimento da criança, sem levar em consideração as formas já existentes. O que deve se levar em consideração é o bem estar da criança e a sua proteção integral e absoluta. Cabe aos pais igualitariamente apenas o cuidado com a criação e a educação, com isso ocorrendo também um maior envolvimento afetivo a fim de que seja sempre preservada a vida da criança e não um ambiente em que seja demonstrada disputa pelos seus pais.

De acordo com o artigo 1.584, § 1º do Código Civil, o juiz será responsável na audiência de conciliação por comunicar aos pais, o significado e a importância da guarda compartilhada, como também os seus direitos e deveres e as sanções caso ocorra o descumprimento da lei.

Rosa (2015) destaca que estipulada à guarda compartilhada, deverá imediatamente decidir com quem ficará a custódia do menor, ou seja, com quem irá morar. Coma nova redação do artigo 1.583, § 3º do Código Civil, essa custódia foi expressamente indicada como base de moradia, podendo ocorrer ainda esse tipo de guarda caso os seus genitores não residam na mesma cidade. Sendo essa moradia, na mesma cidade ou não, será decidido o local de moradia do menor de acordo com o principio do melhor interesse da criança. Mesmo que não ocorra um acordo entre os pais, o juiz e o promotor deverão valer-se de meios como a perícia social e psicológica. Quando nomeado o perito, os genitores terão o prazo de cinco dias contados da intimação do despacho para que sejam apresentados os seus assistentes técnicos e os seus quesitos. O perito ou os assistentes técnicos poderão pedir para escutar testemunhas ou utilizar-se por meio de fotografias, sendo esses uma forma de se alcançar o melhor interesse do menor. Quando decidido o local onde será a moradia da criança deverá o genitor que ficar com a custódia, informar os períodos de convivência para o outro genitor.

Quando decidido onde viverá a criança deverá os pais estarem cientes, de que os menores devem possuir um quarto ou algum lugar confortável dentro dos lares. Determinada à custódia caberá ao outro progenitor pagar pensão alimentícia, pois o menor não possui condições para manter o seu sustento.

De acordo com o código civil, a separação dos genitores não pode de maneira alguma atrapalhar no desenvolvimento das suas funções como pais, essas funções não podem ser confundidas com a dissolução da vida conjugal.

> O vinculo do ódio, da vingança e da perseguição pode arrastar-se durante anos, dificultando o refazer da vida em outras direções, perpetuando a ligação, numa estranha forma de fidelidade. (MALDONADO, 2000, p. 8 apud Rosa, 2015, p.79). Substitui-se a vinculação conjugal por um "vínculo processual afetivo" (ZIMERMAN, 2001, p. 64 apud Rosa, 2015, p. 80), cuja a possibilidade de conflito no âmbito da família é, para regozijo dos (as) "viúvos (as) do vinculo", múltipla, oferecendo um farto manancial para o exercício da belicosidade. (SANTOS, 2001, p. 73 apud Rosa, 2015, p. 80).

Diante de toda essa questão de rivalidade que acontece com o fim do vinculo conjugal e com a atribuição da guarda a um desses pais, os filhos são usados como meios para atingir a satisfação do ego por um deles e muitas vezes esquecem-se da importância em manter um ambiente sadio. A lei n. 11.698 de 2008 com a finalidade de amenizar tal situação, já apresentava no artigo 1.584, § 2º que seria aplicada sempre que possível à guarda compartilhada nos casos em que não houvesse acordos, porém com essa nova lei o que seria tratado de forma restritiva, agora é tratado como prioridade, ou seja, mesmo um dos genitores argumentar e não querer fazer a utilização da guarda compartilhada, o juiz poderá introduzir de forma obrigatória através da nova lei.

> Assim, o que se pode concluir é que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar. Isso equivaleria a deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna a mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante prejuízo do maior interessado: o filho. O estado de dissintonia mantido pelos pais, caso existente, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser relevado e tratado. (ALMEIDA, 2012, p. 469-470 apud Rosa, 2015, p. 82).

Estabelecida à guarda compartilhada através do acordo entre seus pais em um ambiente em que haja tranqüilidade e comunicação, os deveres que cabem aos mesmos já estarão determinados. Já quando não existir acordo, deverá estes seguir o que está previsto no art. 1.584, § 3ºdo Código Civil:

> Art. 1.584- A guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser:
> § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela lei nº 13.058, de 2014).

“O acompanhamento terapêutico ou a realização de sessões de mediação servirão como espaço privilegiado para que esses ajustes se tornem possíveis. Em qualquer situação elegida, o processo deverá ficar suspenso até que haja a conclusão dos trabalhos” (ROSA, 2015, p.88).

Com a nova lei, outra grande novidade no Código Civil foi à realização da obrigação de vigilância pelos genitores, sendo descrito no art. 1.584, § 6º.

“Art. 1.584, § 6º: Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”.

O que acontece é que na maioria das instituições de ensino sempre ocorreu à limitação para esse acesso de informações ao detentor. Hoje em dia, com a alteração da lei, essas informações são obrigatórias aos genitores seja por qualquer instituição.

De acordo com Rosa (2015), todas as obrigações a serem cumpridas pelos genitores devem ser estabelecidas em sentença, pois caso ocorra alguma violação ao que foi acordado, haverá uma determinada punição. Na antiga redação do art. 1.584,§ 4º foi estabelecido que o descumprimento sem qualquer razão da cláusula das guardas unilaterais ou compartilhada levaria a redução dos poderes do detentor incluindo a quantidade de horas de convivência com o menor, já a nova lei retirou da sua redação essa limitação da quantidade de horas, porém manteve-se essa redução de poder. Essa punição em multa que foi mencionada em lei possui apenas o objetivo de fazer o cumprimento do que a lei determinou.

> Art. 1.584,§ 4º: A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

Segundo Brito (2015), as principais vantagens com o estabelecimento dessa nova lei são: os genitores agora poderão obter mais informações em relação ao menor, podendo observar e receber informações quanto aos assuntos referentes à saúde, a educação como também se a pensão alimentícia paga por um deles está sendo utilizada a fim de atingir o melhor interesse do filho; outra vantagem é o pagamento de multa diária por qualquer estabelecimento que omitir informações que desejam saber dos seus filhos. Já quanto à desvantagem e crítica em relação à nova lei, entende-se que no momento em que se estabelece o tempo de convívio do menor com os genitores, poderá ainda ocorrer desentendimentos, pois para um poderá ser considerado satisfatório o tempo com o filho e para o outro um tempo insuficiente.

Além dessa desvantagem apresentada, vale ressaltar os conflitos ainda existentes entre os genitores acarretando assim problemas psicológicos ao menor.

Quanto ao pagamento de alimentos, aquela pessoa que a lei determinar será responsável por conceder alimentos ao outro devido este não possuir como manter o próprio sustento.

“Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1.964 do Código Civil).

“São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento” (art. 1.695 do Código Civil).

A fixação dos alimentos deverá ser baseada no princípio da solidariedade, conforme esse princípio não será apenas responsabilidade do poder público, cabe a todos os membros da sociedade garantir os alimentos para a sobrevivência.

> Os alimentos sempre pressupõe a existência de um vínculo jurídico, podendo existir de origens diversas. Na prática do direito de família temos a aplicação dos denominados alimentos legais, que são originados a partir de uma relação de parentesco ou da dissolução de união afetiva (casamento, união estável, união homoafetiva ou qualquer outra modalidade de entidade familiar, desde que haja dependência econômica de algum dos integrantes ao longo do relacionamento). Essa modalidade é prevista no caput do art. 1.694 do CC (ROSA, 2015, p.94).

Toda criança e adolescente tem o direito de garantias para o seu melhor desenvolvimento. Para isso, caberá a cada genitor contribuir de alguma forma a fim de protegê-los, como por exemplo, eles necessitam de alimentação para a sua sobrevivência, vestuário, educação e lazer. Quando determinado o local onde a criança irá morar, ou seja, quem ficará responsável pela sua custódia física, como consequência, ficará o outro genitor obrigado à assistência de alimentos. Mesmo nos momentos de férias, em que essa criança fique na companhia do não guardião, ele continuará prestando a determinação já estabelecida, pois o genitor que é guardião precisa dessa assistência para pagar as despesas da prole. Não foi estabelecido na legislação o valor exato que será pago como pensão. Porém a doutrina e a jurisprudência indicaram que o valor máximo seria o de 30% dos rendimentos de quem estar prestando a assistência.

“Quando existe a fixação de alimentos, via de regra, o genitor detentor da guarda fica na administração dos valores recebidos, que devem, impreterivelmente, ser destinados ao bem-estar e à mantença do alimentando” (ROSA, 2015, p. 110).

Com a alteração do artigo 1.583, §5º pela Lei n. 13.058/2014 aquele genitor que não possuir a guarda unilateral terá o direito de fiscalizar todos os assuntos referentes aos filhos, a fim de verificar se as verbas pecuniárias estão sendo administradas de maneira correta, podendo até mesmo o filho requerer a prestação de contas.

Com relação ao direito de visitas, o código civil afirma em seu texto no art. 1.589 que o genitor que não estiver com a guarda dos filhos “poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar”. Antigamente, eram fixados finais de semana alterados nas Varas de Família, o genitor não detentor da guarda física ficava quatro dias na companhia do seu filho enquanto os demais vinte e seis dias eram garantidos pelo guardião. Hoje em dia, passou a ser utilizar o termo “convivência” para designar um maior tempo do menor em relação ao genitor não guardião. A partir de então, foi inserido no artigo 1.589, parágrafo único do Código Civil que esse direito de visita foi incluído também aos avós.

“Art. 1.589 do Código Civil, parágrafo único: O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

Na forma da nova lei, foi estabelecido na nova redação do artigo 1.583,§2º do Código Civil que a fim de reduzir os conflitos entre os genitores em relação ao tempo de convívio com o menor, estabeleceu:

“Na guarda compartilhada, o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses do filho”.

De acordo com ROSA (2015), deve-se procurar o regime de convivência em um lugar que seja ideal para o menor, em que sejam decididos de forma igualitária os dias, horários e locais, sempre de acordo com o melhor interesse do menor.

Para conseguir apresentar uma boa organização do tempo de convivência, os pais poderão recorrer à ajuda de profissionais tentando assim, evitar que haja conflitos entre eles. Quando não se conseguir chegar a um acordo mediante ajuda de profissionais, os próprios advogados, o juiz ou o promotor deverão estabelecer de forma impositiva a ajuda desses.

> Apesar de ser constitucionalmente protegido, o direito de convivência familiar não é um direito absoluto. Isso porque tal imperativo serve para a garantia de

> seu sadio desenvolvimento e, existindo algum fator que ameace seu atendimento, o exercício da convivência poderá ser suspenso ou supervisionado (ROSA, 2015, p. 127).

Algumas razões para o afastamento ou a suspensão desse direito de convivência são: os usos de drogas, o alcoolismo e nos casos de suspeita de abuso sexual. Porém, para que ocorra qualquer suspensão desse direito deverão ser comprovadas tais ocorrências. Caso isso não aconteça, o Poder Judiciário irá valer-se de má fé e será considerado por agir de maneira egoísta juntamente com o genitor.

Já nos casos em que um dos seus genitores encontre-se preso foi incorporado na Lei n. 12.962/2014 o §4º do artigo 19 do ECA que deve ser permitida a convivência da criança com o genitor em que nessa situação se encontre, oferecendo esse lugar prisional, um ambiente em que seja seguro, podendo ocorrer a suspensão se não for seguida essa condição.

Diante do que foi apresentado, a guarda compartilhada tornou-se uma modalidade ainda mais favorável para o desenvolvimento do menor com a introdução dessa nova lei, pois de uma certa forma o menor se sentirá protegido por ambos os pais sem possivelmente ocorrer um abandono por algum deles e os pais participarão de forma igualitária em todos os assuntos referentes ao filho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme tudo o que foi exposto, a introdução da nova lei da guarda compartilhada Lei n. 13.058/2014 foi de suma importância para o Direito de Família e para a sociedade. A partir dessa lei ficou esclarecido da melhor forma o instituto, assim como foram apresentadas modificações que possam contribuir para que seja aplicada essa guarda por seus genitores de forma benéfica ao menor.

Com as modificações ocorridas nesse instituto, estabeleceu-se que mesmo com o fim do vinculo conjugal, o poder familiar de cada genitor em relação ao menor continua o mesmo sendo exercido de forma equilibrada, não se pode deixar de proteger o filho, pois ele nada tem a ver com os problemas existentes entre os seus pais. O que se deve alcançar com essa guarda é a total proteção do menor e dos seus direitos, dando a essa criança a possibilidade de alguma maneira de viver harmonicamente com os seus pais, recebendo cuidados e afeto por parte deles.

Essa nova lei surgiu como contribuição para todos, pois todas as decisões deverão ser tomadas conjuntamente e o convívio existente entre os genitores e o menor de certa forma passa

a ser considerado harmônico melhorando assim o laço de afetividade entre pais e filhos, evitando assim, que ocorra um desgaste emocional ao menor e o prejuízo ao seu crescimento.

Portanto com essa lei, o que antes era visto como uma modalidade que assegurava a um dos dois genitores a guarda da criança passou a ser uma medida compulsória cabendo aos dois dividir as responsabilidades dos filhos que foram estabelecidas. O fato dos pais estarem separados não quer dizer que eles devem abdicar dos seus deveres Quando não conseguirem entrar em comum acordo em relação ao menor deverão os dois procurar ajuda de profissionais e não impor à criança ou ao adolescente um menor convívio com seus genitores.

REFERÊNCIA

BRESSAN, Vinícius Costa. A Guarda Compartilhada e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819>. Acesso em: 09 novembro 2015

BRITO, Francine Almeida Franchi. Da Atual Legislação da Guarda e sua aplicabilidade. Disponível em: <http://francinefranchi.jusbrasil.com.br/artigos/160632197/da-atual-legislacao-da-guarda-compartilhada-e-sua-aplicabilidade>. Acesso em: 09 novembro 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEVY, Laura Affonso da Costa. O Estudo sobre a Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acesso em: 02 novembro 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

TJDFT. Pode Judiciário da União: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-no-280/indeferimento-de-guarda-compartilhada-2013-melhor-adequacao-aos-interesses-da-crianca>. Acesso em: 09 novembro 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

THE OBLIGATORINESS OF THE SHARED CUSTODY

ABSTRACT

This scientific article aims to deal with the institution of shared custody and its obligatoriness, with the changes brought by the new law, always aiming at the protection of minors, exercising this guard evenly between their parents. It is first portrayed the main features and functions of the family power wielded by parents until the end of the conjugal bond. It will also stressed the guard and all its forms and the main advantages and disadvantages of shared custody institute, as well as the determination of food and visitation rights with the enactment of the new law.

Keywords: Shared Custody, obligatoriness, the end of the conjugal bond, advantages and disadvantages.