



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

LAYLA INGRID SANTOS

A GUARDA COMPARTILHADA A LUZ DA LEI 13.058/14

São João del-Rei

2015

LAYLA INGRID SANTOS

A GUARDA COMPARTILHADA A LUZ DA LEI 13.058/14

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduada, sob a orientação do prof. Adriano Márcio de Souza.

São João del-Rei

2015

LAYLA INGRID SANTOS

A GUARDA COMPARTILHADA A LUZ DA LEI 13.058/14

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Adriano Márcio de Souza (orientador)

Prof. Esp. Paulo César Oliveira dos Carmo

Prof. Msc. Bruno Leonardo Cunha

Dedico esta monografia a Deus que iluminou essa caminhada, permitindo que tudo pudesse ser realizado.
A minha família pelo esforço contínuo e apoio incondicional demonstrados.
Ao meu namorado pelo amor, dedicação e disposição.
Enfim a todos que acreditaram na consolidação da mesma.

AGRADECIMENTOS

A Deus que me concedeu forças para lutar e alcançar meus objetivos.

Aos meus pais que me apoiaram e buscaram me incentivar nas minhas escolhas.

A minha filha por ter compreendido todos os momentos em que precisei estar ausente.

Aos meus irmãos pelo carinho e dedicação.

Ao meu namorado pela paciência e por estar sempre ao meu lado desde o início do curso.

Aos professores do IPTAN e principalmente, ao meu orientador pela disposição e incentivo que me foi dado para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho aborda a guarda compartilhada, que fora inserido em nosso ordenamento, na forma da Lei 11.698/2008 e, que sofreu alterações importantes em 2014 com a promulgação da Lei 13.058/14. Nosso estudo é norteado pelo ramo de direito civil, do qual dentre seus institutos aborda o direito de família, o poder familiar e a guarda. A guarda compartilhada, foi proposta pelo legislador, a fim de sanar problemas que surgiam com a dissolução da sociedade conjugal. O intuito central deste trabalho é destacar as mudanças no instituto da guarda compartilhada com a Lei 13.058/14. Sabe-se que este modelo de guarda visa o interesse da criança, para que quando ocorra o rompimento do vínculo conjugal entre os pais, se torne menos traumático e doloroso. Apesar disso, a aplicabilidade em casos concretos ainda era pouco comum, e as alterações introduzidas pela nova lei de 2014, teve como objetivo principal mudar tal situação, diante do fato de tornar tal modelo de guarda, a regra geral, e não exceção, como era. Entretanto, questiona-se se a obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada nos casos de dissolução da sociedade conjugal é o ideal e ainda quais impactos esta pode trazer para os envolvidos. Para a manutenção da guarda compartilhada, entende-se ser essencial o diálogo aberto, para que os pais possam decidir e acordar acerca do futuro de seus filhos menores. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, onde buscou-se autores consagrados em direito de família, e jurisprudências sobre tema para afirmarmos categoricamente acerca do nosso objeto de estudo.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Lei 13.058/14; Direito de Família; Direito Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. A GUARDA NA SOCIEDADE FAMILIAR: ASPECTOS HISTÓRICOS.....	10
1.1. Conceito de família e as diversas formas de entidades familiares.....	10
1.2. Evolução histórica do Pátrio Poder.....	12
1.2.1. Poder familiar: Breve conceituação e caracterização.....	13
1.2.2. A questão do poder familiar na legislação atual.....	14
1.3. A guarda dos filhos menores no caso de dissolução da sociedade conjugal.....	15
2. A GUARDA COMPARTILHADA.....	18
2.1. Breves considerações.....	18
2.2. Noção da Guarda compartilhada.....	19
2.3. Guarda compartilhada como forma de responsabilidade parental conjunta.....	21
3. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS COM A LEI 13.058/14.....	27
3.1. Lei 13.058/14 e alterações da redação do Código Civil.....	27
3.2. Impactos da guarda compartilhada nas famílias.....	30
3.3. Entendimentos jurisprudenciais.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

LISTA DE QUADROS E FIGURAS

QUADRO 1 - ÓTICA DOS PAIS E FILHOS SOBRE A MODALIDADE DA GUARDA COMAPARTILHADA.....	25
--	----

INTRODUÇÃO

O instituto da guarda compartilhada, modelo de responsabilidade parental inserido no ordenamento jurídico, através da Lei 11.698/2008, consiste em expandir os poderes da guarda de filhos menores, exercidos pelos genitores que se encontram na situação de dissolução da sociedade conjugal.

Diante de sua importância para a manutenção da vida convivência familiar, em 2014 foi promulgada a Lei 13.058/14 com o objetivo principal de tornar a guarda compartilhada a primeira opção, e não a exceção como era.

O nosso objetivo de estudo é verificar as alterações introduzidas com a Lei 13.058/2014 no que tange a aplicabilidade nos casos concretos.

É certo de que mesmo quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal o poder familiar continua ser um dever de ambos os pais, que deverão sempre manter o vínculo afetivo e psicológico e ainda garantir o cumprimento dos direitos e deveres em relação aos filhos. Esta é a finalidade da guarda compartilhada, manter o convívio familiar.

Assim, proporcionará ao menor, uma forma menos traumática de encarar um processo de separação de seus pais, pois terão deles todo o acompanhamento necessário para seu desenvolvimento físico, psíquico e mental.

É mister ressaltar, que o instituto da guarda compartilhada não possui uma regra específica, dizendo, por exemplo, o local ou residência onde a criança deva ficar, ou especificando quanto tempo de permanência com o pai ou com a mãe. O êxito dessa modalidade de guarda consiste no diálogo entre os pais, para que desta maneira ela não seja tão afetada pelo término da sociedade conjugal.

É inegável a importância da guarda compartilhada no direito brasileiro, e a Lei nº 13.058/14 que trouxe alterações acerca de tal instituto, importantes para nosso estudo.

Desse modo, analisaremos as recentes alterações trazidas com a referida Lei realizando um estudo da nova noção de guarda compartilhada para o direito brasileiro.

Para tanto, será realizado uma pesquisa bibliográfica sendo esta fundamentada em referências teóricas encontradas através de revisão bibliográfica de artigos científicos, livros, jurisprudências, entre outros.

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo iremos analisar a guarda na sociedade familiar, seus aspectos históricos, com enfoque no conceito de família, pátrio poder e guarda.

No segundo capítulo abordaremos a guarda compartilhada com seus principais aspectos. O terceiro capítulo, trataremos acerca das alterações introduzidas com a Lei nº 13.058/2014 para a guarda compartilhada, destacando seus efeitos e as jurisprudências sobre o tema.

1. A GUARDA NA SOCIEDADE FAMILIAR: ASPECTOS HISTÓRICOS

A família é considerada como o ente mais importante para a sociedade e uma das formas de se constituir família é através do casamento ou união estável. Entretanto, por diversas vezes, tais famílias não conseguem resistir aos problemas existentes e acabam por se dissolver.

Nesses casos, quando há filhos uma das decisões que deve ser tomada é relacionada de como ficará a guarda tendo em vista que a ruptura familiar pode trazer inúmeras conseqüências.

Desse modo, neste capítulo destacaremos guarda na sociedade familiar, seus aspectos históricos, com enfoque no conceito de família, pátrio poder e guarda.

1.1. Conceito de família e as diversas formas de entidades familiares

A família é considerada matriz da identidade, e base da sociedade, pois no processo de socialização as famílias modelam e programam o comportamento e o sentido de identidade da criança (SOUZA; MIRANDA, 2007, p. 210).

Mas, nos dizeres dos autores ora citados, para ser considerado como tal, necessário que o ambiente familiar satisfaça as necessidades básicas de afeto, apego, desapego, segurança, disciplina, aprendizagem e comunicação, e deve se organizar para tornar-se um bom continente das ansiedades infantis, e estruturar a aprendizagem dos vínculos, isto é, a capacidade de aprender a se relacionar” (SOUZA; MIRANDA, 2007, p. 210).

A família é considerada um agrupamento informal e sua formação deve ser espontânea, ao contrário do que acontecia em Roma, onde era organizada sobre o princípio da autoridade. O pai exercia o direito a vida e a morte e a mulher vivia totalmente subordinada, não tinha direitos próprios (PEREIRA, 2006, p. 26).

Com a evolução que ocorreu em toda a sociedade, a família passou por diversas transformações até se limitar aos pais e filhos, que vivem sobre o poder familiar (PEREIRA, 2006, p.19).

Era uma forma de família mais conservadora, onde para merecer aceitação e reconhecimento jurídico era essencial a chancela que acontecia através do matrimônio, conforme dispõe Dias (2010, p.28).

Nessa época não se considerava outras formas de família, como por exemplo, as uniões de fato.

Na época da Revolução Industrial e logo após, com a Revolução Sexual, houve mais uma mudança significativa, onde a mulher passou a inserir no mercado de trabalho e pugnou pela igualdade perante o homem, assim, o cotidiano da família se alterou de forma significativa (FIÚZA, 2008, p. 936).

Através da Carta Magna passou a serem considerados outros modelos de família, a ideia de família plural passou a integrar a pauta jurídica constitucional e todo o sistema, reconhecendo-se não somente o modelo de família formada pelos pais e filhos, mas também, a família monoparental (constituída pelos filhos e por um dos pais); a família fraterna (constituída de dois ou mais irmãos), dentre outras (FIÚZA, 2008, p. 938).

Buosi (2012, p. 31) destaca que na atualidade a família deve ser baseada no afeto, com a possibilidade de diversos tipos de reconhecimento de entidades e não gera nenhum tipo de exclusão preconceituosa.

É o que entende Fachin (2008, p. 121 *apud* BUOSI, 2012, p. 35) ao salientar que as entidades familiares contemporâneas se afastam dos critérios “biológicos e patrimoniais que as vinculam ao passado, e edificam-se em critérios de amor e afeto que solidificam os principais elementos da união familiar”.

Apesar disso, muitas vezes o relacionamento familiar não supera as dificuldades existentes e a família vem a se dissolver. Nesses casos, quando se há filhos, entendemos ser essencial que os pais separados optem, por mais difícil que seja, pelo divórcio consensual, a fim de possuírem um diálogo aberto, para que assim possam em comum acordo decidirem acerca do futuro dos filhos, visando sempre única e exclusivamente o bem-estar e interesse dos filhos.

Uma das decisões que deve ser tomada quando da dissolução da família, é em relação a guarda dos filhos, instituto que está intimamente ligada com o pátrio poder, conforme se verifica nos tópicos seguintes.

1.2. Evolução histórica do Pátrio Poder

Antes de adentrarmos na questão da guarda importante tecer breves considerações sobre o poder familiar.

Uma pessoa pode deter a guarda sem ser o titular do pátrio poder e ser titular do pátrio poder sem deter a guarda. A guarda de filhos como leciona Cahali (1991, p. 12), “[...] não é da essência, mas tão só da natureza do pátrio poder”.

Para melhor compreensão da evolução do Pátrio Poder na sociedade, é necessária uma breve exposição de seu desenvolvimento histórico, que por sua vez, apresentou inúmeras e profundas modificações.

De forma inicial, somente o *pater*, ou seja, o pai exercia o pátrio poder, detendo em suas mãos o domínio total e irrestrito sobre sua família e o patrimônio da mesma. Neste cenário, delineava-se o regime patriarcal, do qual o “*pater familias*” era autoridade plena sobre tudo e todos (SILVA, 2008, p.13).

No Direito Romano, a principal característica advém da relação de poder, relações essas, que possuíam profunda desigualdade entre os indivíduos do corpo familiar. Com a evolução jurídica de Roma, a sociedade era baseada em uma estrutura econômica e religiosa, a partir da figura do *pater*, a mulher foi colocada em uma posição inferior à do homem, sendo considerada incapaz de conduzir não só a sua própria vida, bem como a vida de seus filhos. Com esse cenário traçado, o Pátrio Poder era irrestrito e absoluto (SILVA, 2008, p.13).

Como ressaltado no tópico anterior, o pai possuía, ainda, o direito de matar ou expor seu filho, vendê-lo ou entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente. Em relação ao direito de vida e morte, esse só poderia ser exercido mediante consulta aos membros da família mais próxima (PEREIRA, 2006, p. 26).

Grisard Filho (2000, p. 30) destaca que:

[...] a tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes. O munt germânico concebia o pátrio poder como um direito e um dever dos pais orientados à proteção dos filhos (é o gérmen da Doutrina da proteção integral perfilhada pela Lei 8.069/90)

como parte de uma proteção mais geral projetada para todo o grupo familiar, em evidente reação à tradição romana: seu exercício era temporário, suas funções eram também atribuídas à mãe que não impedia que os filhos possuísem bens.

Com a evolução dos tempos, este poder paternal se restringiu aos limites das leis, foi repassado aos pais o dever de educação de seus filhos e a administração e colaboração na administração dos bens dos mesmos.

O cristianismo foi um dos responsáveis por tal mudança, pois foi a partir dele que se começou a reconhecer que existia igualdade entre os cônjuges e passou a pregar, como um dever dos pais, os cuidados com a educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos (DINIZ, 2009, p. 570).

O vínculo afetivo passou a ser essencial para as relações familiares, assim, a questão do poder familiar mudou com a evolução da sociedade. Sendo assim, percebemos o grau de importância e relevância que a autoridade paterna possuía na figura do *pater*, e que a igualdade entre homens e mulheres não fazia parte do contexto da época, o que se alterou com o tempo.

Após esse contexto histórico, importante destacar o conceito de poder familiar, vez que a Constituição Federal acabou por estabelecer a igualdade entre homem e mulher, “enterrando” tal expressão pátrio poder, vide 1.2.2.

1.2.1. Poder familiar: Breve conceituação e caracterização

O poder familiar é o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (DINIZ, 2009, p. 571).

Segundo a autora citada acima a finalidade do poder familiar é proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e bens (2009, p. 571)

Diniz (2009, p. 571) expressa ainda que o poder familiar possui características próprias quais sejam, é irrenunciável, inalienável, imprescritível, incompatível com a tutela, e uma relação de autoridade.

Para Freitas e Pellizardo (2010, p. 82),

Ele é irrenunciável, pois os pais não podem desobrigar-se do poder familiar por tratar-se de um dever-função, é imprescritível dado o fato de não exercê-lo não leva os pais a perder a condição de detentores desse poder, e é inalienável e indisponível, pois não pode ser transferido a outras pessoas pelos pais, seja a título gratuito ou oneroso.

O poder familiar deve ser exercido por ambos os pais, segundo a legislação atual estes possuem igualdade de condições sobre o poder decisório das questões relacionadas com os filhos.

1.2.2. A questão do poder familiar na legislação atual

Foi com o advento da Constituição da República de 1988, que extingui-se a desigualdade entre o homem e a mulher, segundo o art. 226 da referida norma “a família, base da sociedade tem especial proteção do Estado. [...] § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Além disso, em 1990 com a promulgação da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, deixou de forma clara a relação de igualdade entre os pais, mais especificamente em seu artigo 21:

Art. 21 ECA - O Pátrio Poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a Legislação Civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O poder familiar vem acompanhado de vários direitos e deveres elencados na Constituição Federal, no Código Civil de 2002, e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A nova legislação deixa definitivamente para trás a ideia de desigualdade entre os cônjuges, sendo que o poder familiar possui a adequação ao princípio da plena igualdade entre os homens e mulheres. Nesse contexto, destaca-se o que reza o artigo 1.511 do Código Civil de 2002: “O

casamento estabelece plena comunhão de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Com suporte nesse direito de igualdade proposto pelo diploma de 2002, fora banido qualquer prevalência feminina na atribuição da guarda, bem como eliminou o regime da perda da guarda pela culpa na separação judicial.

Com a separação dos pais, ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a visita ao filho, mas a compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito (LÔBO, 2008, p. 274).

Em relação a guarda, em especial a guarda compartilhada, objeto do nosso trabalho, necessário preliminarmente tecermos breve consideração dos vários modelos de guarda dos filhos menores.

1.3. A guarda dos filhos menores no caso de dissolução da sociedade conjugal

Como ressaltado nos tópicos acima, a família ‘e considerada como base da sociedade, esta formada de diversas maneiras, inclusive pelo casamento e união estável. Entretanto, por muitas vezes há a dissolução da sociedade conjugal que acarreta inúmeras consequências. Uma delas diz respeito a questão da guarda dos filhos menores.

A guarda dos filhos, via de regra, segundo Fachin (2005, p. 123) é estabelecido na dissolução da sociedade conjugal, seja por acordo ou por sentença. A finalidade maior ‘e atender aos interesses do filho menor.

Decorrente do poder familiar, a guarda é a condição de direito de uma ou mais pessoas, por determinação legal ou judicial, em manter um menor de 18 anos sob sua dependência sociojurídica (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 38).

Assim, quando ocorre a ruptura do lar conjugal, os pais que ate então detinham a guarda comum, passam a pugnar em regra, individualmente pela guarda dos filhos. O Código Civil enumera várias modalidades de guarda de filhos, dos quais destacamos os seguintes modelos de guarda: a guarda comum ou originária, a única, a alternada, a dividida, a nidação e a compartilhada.

Passemos de forma breve pela conceituação de cada uma.

A guarda comum ou originária é aquela natural e que advém do vínculo matrimonial. Por sua vez, a guarda única, é aquela pela qual um dos cônjuges é nomeado como guardião, detentor da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião (DINIZ, 1993, p. 253).

No entendimento de Freitas e Pellizzaro (2010, p. 38) a guarda exclusiva, unilateral ou invariável não atende às necessidades da criança ou adolescente, visto que não se deve dispensar a presença do pai ou da mãe diariamente, durante a formação dos filhos (FREITAS; PELLIZZARO, 2010, p. 38).

Nesse sentido, expressa Paulo (2011, p. 21) em situações de guarda única com visitas esporádicas do pai ou da mãe, a criança corre o risco de cair no chamado ciclo de afastamento, pois é natural que tenha dificuldade em se sentir incluída na vida do outro. Em geral, aos poucos, o vínculo afetivo é rompido. Isso não costuma ocorrer se o filho passa período equivalente com os pais.

A guarda alternada, por sua vez, é tida quando cada um dos cônjuges tem a posse (guarda) do menor de forma alternada, desse modo, o menor ficará durante um período em cada domicílio, sendo que esta modalidade de guarda vem sendo confundida com a modalidade de guarda compartilhada, instituto este, que será analisado adiante. A guarda dividida é aquela em que o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda (DINIZ, 1993, p. 253).

Por fim, os outros tipos de guarda são a nidação e a compartilhada. A primeira, também conhecida como aninhamento, é aquela em que os pais se revezam, mudando para casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo (FREITAS; PELLIZZARDO, 2010, p. 38).

Já a compartilhada, é percebida quando os pais dividem a convivência com a criança, ambos têm direitos e obrigações sobre ela, todas as decisões a respeito das crianças, são decididas em comum acordo, seja decisão sobre educação, saúde, formas de lazer, etc. Sendo esta modalidade de guarda, objeto do nosso estudo.

Como salientado no presente trabalho, enquanto não houver a ruptura conjugal a guarda será exercida por ambos os cônjuges de forma igualitária,

através da guarda comum. Porém, a partir do momento que houver ruptura da família, a forma da guarda deverá ser decidida.

É indiscutível que a decisão menos danosa para o menor, é quando os pais optam de forma consensual pelo modelo de guarda que será adotado. Quando não é viável da forma consensual, passa-se para o litigioso, onde através de uma decisão judicial, é definida a guarda.

Compartilhamos do entendimento de que a guarda compartilhada pode ser uma forma eficaz de se garantir que a convivência e o afeto presentes durante a manutenção da sociedade conjugal esteja presente mesmo após a dissolução da mesma.

Com esta forma de guarda, o poder familiar estará sendo garantido de forma plena, com a isonomia e igualdade entre ambos os genitores e a finalidade maior, qual seja, a proteção dos interesses do menor estará sendo garantida.

Após todo o exposto, encerramos o primeiro capítulo, com o intuito de elucidar sucintamente acerca da evolução da família e do poder familiar. Já em nosso segundo capítulo, trataremos acerca do instituto da guarda compartilhada, o qual é o objeto do nosso estudo.

2. A GUARDA COMPARTILHADA

A ideia da guarda compartilhada surgiu diante do desejo de ambos os pais a obterem a guarda dos filhos menores diante da ruptura da sociedade conjugal.

Nesse contexto, Grisard Filho (2009, p. 129) expressa que o desejo de “ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada”.

Devido sua importância nos temas atuais de direito familiar, neste capítulo teceremos alguns comentários acerca desta instituição.

2.1. Breves considerações

A família está ligada tanto de modo físico, quanto de modo emocional. Quando a sociedade conjugal existe o menor desfruta de seus dois genitores. Contudo, com a ruptura conjugal, no caso da guarda unilateral um dos cônjuges fica prejudicado no convívio com os filhos.

Isto porque “manter o casal parental é, certamente, a questão mais difícil a ser encarada, porque o exercício do poder familiar, por ambos os genitores enquanto a família permanece unida, não cria qualquer dificuldade”. (SILVA, 2008, p.105). Contudo, uma vez instaurado um conflito, causado pelo rompimento da convivência entre os cônjuges, rompe-se o cenário pacífico, e os efeitos dos conflitos incidem sobre a pessoa dos filhos.

Nesse caso a autoridade parental, que até então era exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise dessa ruptura e passa a se concentrar somente nas mãos de um dos genitores. Nessa situação, o cônjuge que não detém a guarda do filho, passa a ser personagem secundário da criação do filho, tendo reduzida sua participação na vida deste (GRISARD FILHO, 2009, p. 121).

Contudo, devido ao aumento das rupturas conjugais, cada vez mais, são suscitados conflitos em relação à guarda dos filhos de pais separados. Diante dos diversos casos de brigas judiciais pela guarda dos filhos e com o

intuito de manter os laços que vinculam os pais e seus filhos, a doutrina e a jurisprudência, procuram estabelecer soluções através de dispositivos legais.

Nas palavras de Akel (2008, p. 103) diante do grande prejuízo que o distanciamento familiar traz aos filhos do casal necessário que se determinasse novos tipos de guarda.

Assim sendo, ficou reservado ao legislador a tentativa de sanar estes conflitos, procurando estabelecer um maior equilíbrio, entre os direitos e as obrigações de cada genitor, não se afastando da primazia do melhor interesse do menor (GRISARD FILHO, 2009, p.122).

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais separados, mantivessem os vínculos afetivos com seus filhos mesmo após a ruptura da sociedade conjugal.

2.2. Noção da Guarda compartilhada

A noção de guarda compartilhada surgiu na *Common Law*. Nos dizeres de Grisard Filho (2009, p. 129) na *Common Law* o pai era o único guardador dos filhos. Era encarregado da educação escolar, religiosa e de sua manutenção. Entretanto, nesta fase, os filhos eram considerados como propriedade do pai.

A partir da Revolução Industrial, a estrutura familiar foi modificando e as mulheres passaram a ser encarregadas também da criação e educação dos filhos. Segundo o autor, essa fase de prevalência legal pela guarda materna permaneceu até a década de 60, sendo o pai o provedor e sem nenhum papel direto na educação dos filhos (GRISARD FILHO, 2009, p. 130).

Essa mudança se deu diante do reingresso da mulher no mercado do trabalho, que aconteceu a partir da segunda metade do século passado. Os homens voltam a assumir mais responsabilidades no lar e a querer participar de forma mais ativa na vida de seus filhos, como destaca Grisard Filho (2009, p. 130).

Sendo assim, o direito de família, influenciado pelos direitos humanos, e pela grande necessidade de mudança que os novos tempos impuseram, viu-se a necessidade de legitimação de novos modelos normativos.

De acordo com Akel (2008, p. 115) a origem da guarda compartilhada é inglesa, onde as decisões sempre buscaram privilegiar os interesses do menor, atribuindo aos pais, de forma igualitária, a autoridade parental, o que foi repercutindo nas províncias canadenses, que também eram adeptas ao sistema common law.

No Brasil, a ideia da guarda compartilhada demorou para ser inserida nos Tribunais e na legislação. Confundia-se esta modalidade de guarda com a guarda alternada (AKEL, 2008, p. 121).

Apesar disto, percebia-se que o sistema de guarda única, do qual em regra era concedido à figura materna, não mais solucionava os inúmeros problemas trazidos pela ruptura da sociedade conjugal.

Assim, em 1986 o juiz Sérgio G. Pereira fez publicar o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada. Desse modo, naquela década, o modelo de guarda começou a ser pesquisado no Rio Grande do Sul (GRISARD FILHO, 2009, p. 163).

Baseado em dispositivos expressos na Constituição Federal, como o artigo 5º que prevê a absoluta igualdade entre o homem e a mulher, bem como a igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal (§5º, art. 226) e a devida proteção à criança, elevada em absoluta prioridade pelo art. 227. E ainda o art. 229 que confere a ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (SILVA, 2008, p. 94/95), a guarda compartilhada foi ganhando cada vez mais espaço nas decisões relativas ao processo de guarda.

Já em 2002 o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que a expressão guarda dos filhos presentes nos artigos 1585 e 1584 do CC/02, pode compreender tanto a guarda unilateral, quanto a guarda compartilhada, e que a expressão melhores condições (art. 1584), significa o melhor interesse do menor (AKEL, 2008, p. 122).

Antes da Lei 11698/2008, pouca era a admissibilidade do modelo de guarda compartilhada. Era incomum na doutrina e na jurisprudência e constantemente confundido com a guarda alternada com visitação livre, sob a alegação da falta de previsão legal no ordenamento jurídico (GRISARD FILHO, 2009, p. 189).

Assim, percebemos que a noção de guarda compartilhada nasceu da necessidade principalmente da garantia do melhor interesse do menor, protegendo assim seu equilíbrio mental, emocional e afetivo.

2.3. Guarda compartilhada como forma de responsabilidade parental conjunta

Em decorrência do rompimento da entidade familiar e consequente diminuição da convivência de um dos ex cônjuges com os filhos, o que em diversas vezes levava ao sofrimento e a grandes consequências, essencial para a manutenção dos vínculos familiares que uma a legislação garantisse uma modalidade de guarda em que se garantisse a manutenção do convívio familiar.

Ensina-nos Silva: (2008, p. 158):

O divórcio é, quase sempre, extremamente traumático. Sugere malestar, sofrimento. As separações quer sejam situações impostas ou desejadas, não estavam nos planos iniciais de quem se casou. Mas nada, nada justifica a alienação de um dos pais da vida da criança. Afinal, os pais são para sempre.

Desse modo, a guarda compartilhada surgiu com o intuito de se manter os vínculos e a convivência familiar. Mesmo antes da nossa legislação determinar de forma expressa a possibilidade de se ter a guarda compartilhada muitos casais já vivenciavam tal realidade, além disso, haviam algumas decisões judiciais que favoreciam este tipo de guarda.

Vejamos alguns acórdãos anteriores a lei de guarda compartilhada:

EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator.” (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018264713, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acórdão: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007).

EMENTA: GUARDA DE CRIANÇA. ALTERAÇÃO. RECENTE ACORDO FIRMADO ENTRE OS GENITORES. Tendo os litigantes recentemente estabelecidos a guarda compartilhada em acordo devidamente homologado em juízo, descabe nova alteração da guarda para a genitora, de forma açada, sem a prévia realização de estudo social e de avaliação psicológica. Negado provimento ao agravo. (SEGredo DE JUSTIÇA) _ DECISÃO MONOCRÁTICA” _ (Agravo de Instrumento Nº 70018888537, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/03/2007).

Contudo, apesar de já existir aplicação desse modelo de guarda nos Tribunais, a guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico apenas em 2008, com a Lei nº 11.698, modificando os arts. 1583 e 1584 do Código Civil.

Rosa (2015, p. 63) conceitua a guarda compartilhada como sendo “quando os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetam os filhos”.

Elucida Grisard Filho (2009 p. 130-131):

A Guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

A nova ótica proposta por esta lei, visa desconcentrar das mãos de somente um genitor, a guarda única dos filhos. Tal lei propõe que a criação dos filhos seja realizada em comum acordo pelos cônjuges, compartilhando entre eles acerca da educação e criação dos filhos.

Segundo Nick (*apud* GRISARD FILHO, 2009, p. 131) a guarda compartilhada dá a possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Assim, os pais têm a equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que com os pais com guarda única.

Ela visa reorganizar as relações entre os pais e filhos na família desfeita pela ruptura do vínculo matrimonial, conferindo-lhes maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento com os

filhos, uma vez que a guarda monoparental não atendia à essas necessidades entre pais e filhos.

Os objetivos principais da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, assim, busca-se abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos. Além disso tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais (ROSA, 2015, p. 63).

Imperioso ressaltar outro grande objetivo da guarda compartilhada é evitar a síndrome da alienação parental. No caso dessa síndrome, o detentor da guarda, passa a deter controle total em relação do filho com outro, manipulando completamente a situação e fazendo com que o contato com o outro genitor seja repudiado sem um motivo concreto (ROSA, 2015, p. 64).

Carvalho (2010, p. 71 *apud* ROSA, 2015, p. 67) com o estabelecimento da guarda compartilhada:

- a) Mantém e estreita os vínculos com ambos os pais;
- b) Estreita a síndrome da alienação parental;
- c) Auxilia na criação e educação do filho;
- d) Mantém os vínculos com a família;
- e) Mantém as referências paterna e materna.

A guarda compartilhada inovou trazendo um novo modelo de responsabilidade parental. Desta maneira, ela propõe aos pais mesmo separados uma nova maneira de acordarem conjuntamente acerca da criação de seus filhos. Com a cooperação de ambos os pais os filhos não são expostos aos seus conflitos pessoais, o que minimiza os problemas de ordem emocional e afetivos e ainda respeitam o princípio do melhor interesse e o bem estar dos filhos.

Daí a extrema importância de os pais primarem pelo bom diálogo e convivência, a fim de proporcionarem aos seus filhos, estabilidade emocional, bem como o abrandamento dos traumas que a ruptura conjugal acarreta inerentemente aos filhos.

O que se observa é que a proposta da guarda compartilhada visa atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal trás no relacionamento entre pais e filhos.

Neste contexto, destaca-se o que se propõe com a guarda compartilhada sob o olhar de Rosa (2015, p. 67):

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, leva-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 atividades, como se deve, ou não, instituir a própria identidade.

O que se observa é que com a guarda compartilhada ambos os pais exercem o papel parental de forma conjunta e ininterrupto.

Faz-se mister ressaltar que apesar da Lei nº 11.698/2008, alguns aspectos importantes para o êxito da modalidade de guarda compartilhada, do qual destacamos os pontos mais importantes.

Primeiramente devemos considerar a residência do menor para a operabilidade do modelo de guarda em questão, uma vez que é inconcebível falar-se em guarda do menor na ausência do direito de fixar residência, pois o menor necessita de um referencial de moradia (GRISARD FILHO, 2009, p. 173).

Outro ponto a ser considerado para a viabilização desta modalidade de guarda, deve ser referente a deliberação dos ex-cônjuges sobre a educação dos filhos, abrangendo não somente a instrução escolar, mas também as faculdades físicas e psíquicas do menor. Para o funcionamento da coparentalidade, “[...] é fundamental distinguir as noções de educação e coabitação, que se confundidas, alcançarão resultado diverso do esperado nesse modelo de guarda” (LEITE *apud* GRISARD FILHO, 2009, p.176).

Assim, a guarda compartilhada atribui a ambos os genitores, de forma mútua e igualitária a guarda jurídica dos filhos, permitindo a cada um deles a conservação de seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem convencionar entre si o esquema de guarda física ou esquemas de visita.

Em uma pesquisa de Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki, a guarda compartilhada foi destacada pela perspectiva dos pais e dos filhos, conforme destaca-se o quadro abaixo.

QUADRO 1 - ÓTICA DOS PAIS E FILHOS SOBRE A MODALIDADE DA GUARDA COMAPARTILHADA

PAIS	FILHOS
Ambos os pais se mantêm guardadores;	A convivência igualitária com cada um dos pais,
Qualificação na aptidão de cada um deles;	Inclusão do novo grupo familiar de cada um dos pais;
Equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida profissional e pessoal;	Maior comunicação,
Compartilhamento atinente a gastos de manutenção do filho e maior cooperação.	Bom modelo de relações parentais.

Fonte: adaptado de Grisard Filho (2009, p.221).

Além do mais importante, maior equilíbrio emocional e psíquico, fatores estes que contribuem extremamente ao bom desenvolvimento do caráter da criança e até mesmo do futuro cidadão.

Sendo assim, ao tratarmos de guarda compartilhada, podemos afirmar que o pai e a mãe serão responsáveis solidariamente na criação dos filhos, uma vez que as decisões pertinentes à educação são tomadas em comum acordo, fazendo com que ambos os genitores possam desempenhar um papel efetivo na formação diária dos filhos.

Conforme abordamos em todo o nosso trabalho, o instituto da guarda compartilhada, fora incorporado em nosso ordenamento jurídico, a fim de abrandar o sofrimento causado aos filhos menores com o acometimento da ruptura do lar conjugal.

Ao nosso ver, é inegável a importância do instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro, entretanto, no final de 2014 foi promulgada a Lei nº 13.058 que trouxe alterações acerca de tal instituto.

Tal lei, colocou a modalidade de guarda compartilhada novamente em foco ao colocar a aplicação do compartilhamento da guarda como regra geral. Pelo exposto, o capítulo a seguir, analisaremos as recentes alterações trazidas com a referida Lei realizando um estudo da nova noção de guarda compartilhada para o direito brasileiro.

Destacando dessa forma, as alterações introduzidas com a Lei 13.058/14.

3. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS COM A LEI 13.058/14

A primeira lei que tratou a respeito da guarda compartilhada foi promulgada em 2008 – Lei nº 11.689/2008, entretanto, segundo dados do IBGE, em 2014, menos de 6% das decisões de guarda eram concedidas no modelo compartilhada, isto é, apesar da importância da convivência do menor com ambos os genitores, ainda eram poucos os casos concretos em que esta era praticada (ABBAD, 2015, p. 1).

Diante da necessidade de mudanças concretas e de minimizar dúvidas referentes a esse instituto, em 2014 foi promulgada a Lei nº 13.058/14 estabelecendo a guarda compartilhada como a regra principal nos casos de disputa de guarda.

3.1. Lei 13.058/14 e alterações da redação do Código Civil

A Lei nº 13.058/2014 foi sancionada em 23/12/2014, alterando dispositivos do Código Civil, e sua principal inovação foi a quebra do mito da guarda ser preferencialmente da mãe.

A nova lei altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. Com a introdução da nova lei, a exceção passa a ser regra geral, isto é, a guarda compartilhada passa a ser a regra, e a unilateral, a exceção. A guarda compartilhada passa a prevalecer mesmo que haja conflito entre os pais (PELEGIM, 2015, p. 1).

De acordo com o artigo 1.584, parágrafo 2º, a nova lei dispõe da seguinte forma:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e 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.

O que se observa é que com a nova lei só não será aplicada a guarda compartilhada nos casos em que um dos genitores declarar que não tem interesse na guarda do menor.

Antes da Lei nº 13.058/2014, o juiz deveria dar preferência pela guarda compartilhada, entretanto, com a introdução da referida lei, esta passa ser obrigatória.

Pode-se observar assim que com a nova lei, a regra geral é que ambos os genitores devem se responsabilizar pelos filhos, sendo os direitos e deveres distribuídos de forma igualitária entre eles.

Ressalta-se que a guarda compartilhada ocorre mesmo se morarem em casas separadas. Para Rosa (2015, p. 73) esta é uma das modificações trazidas pela Lei nº 13.058/2014, isto é, a diferenciação com a guarda alternada. Isto porque havia muito equívoco em relação à moradia dos filhos menores, o que por muitas vezes confundia a guarda compartilhada com a guarda alternada.

Assim, na guarda compartilhada, de acordo com Gonçalves; Souza Junior e Porto (2014. p. 1) “o menor ficará na guarda física do genitor que melhor satisfazer suas necessidades, porém a guarda jurídica será exercida plenamente por ambos os genitores”.

Foi o que ficou determinado no parágrafo 3º do artigo 1583 do Código Civil, que preceitua “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que atender aos interesses dos filhos”.

Na leitura do referido artigo, pode-se observar que a guarda compartilhada ocorre mesmo se a residência da criança seja apenas com um dos genitores. Contudo, o genitor não residente terá uma maior participação da criação dos seus filhos (RIBEIRO, 2015, p. 1).

Com esta nova lei, além dos direitos das crianças, resguarda-se o direito do pai. Pelo texto da Lei nº 13.058/2014 o objetivo da guarda compartilhada é que o tempo de convivência com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre o pai e a mãe (ALMEIDA, 2015, p. 1).

Para Freitas (2014, p. 41),

Em suma, a redação da atual Lei da Guarda Compartilhada (13.058/14), ao trazer a expressão “equilíbrio” para a fixação do sistema de convivência, pode-se afirmar que a mesma sugere que não haja para um dos genitores, período menor que 8 dias no mês de convivência com o filho. E, para fins técnico-doutrinário, entende-se que menos do que 10 dias por mês com um dos genitores, a Guarda Compartilhada será considerada sem residência alternada e, com 10 ou mais dias com um dos genitores, a Guarda Compartilhada será considerada com residência alternada.

É sabido que a guarda compartilhada significa “partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta” (ROSA, 2015, p. 73).

Com a nova Lei da Guarda Compartilhada busca-se além dos objetivos já destacados acima, diminuir os casos de Síndrome de Alienação Parental, ao obrigar a convivência com ambos os pais.

Nos casos em que o regime atual é a guarda unilateral poderá haver a revisão da guarda para compartilhada, para tanto, necessário que seja feito via processo judicial (ALMEIDA, 2015, p. 1).

Outra inovação trazida com a nova lei da guarda compartilhada, que também tem o objetivo de impedir a prática de alienação parental, está expressa no art. 1584, § 6º CC/02, *in verbis*:

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.

Tal dispositivo visa garantir que ambos os genitores possam a ter acesso a todas as informações de seus filhos nos estabelecimentos, como as escolas, por exemplo. Desse modo, garanta-se que os pais possam a ter acesso a todos os detalhes da vida dos seus filhos.

Importante salientar ainda que com tal determinação garante que os genitores terão mais forças para solicitar informações, em assuntos que afetem a saúde física e psicológica, bem como a educação dos filhos comuns. Neste caso, inclui a pensão alimentícia paga por um dos genitores, a fim de verificar se a mesma está sendo revertida ao interesse e bem estar do filho (BRITO, 2015, p. 1).

O que se pode afirmar é que a nova lei de guarda compartilhada tem como fim precípua a manutenção do convívio familiar garantindo os interesses do menor.

3.2. Impactos da guarda compartilhada nas famílias

Como em todos os tipos de guarda, a guarda compartilhada não é indicada para pessoas sem maturidade, inidôneas, ou que apresentem algum distúrbio de comportamento, ou ainda que não tenham nenhum compromisso com a criação da criança (HUEB, 2008, p. 50).

Entretanto, apesar deste entendimento, com a nova lei da guarda compartilhada tal instituto passa a ser obrigatório, mesmo nos casos em que os pais estejam em conflitos (GONÇALVES; SOUZA JUNIOR E PORTO, 2014. p. 1).

Muito ainda se discute em relação a tal obrigatoriedade, pois, entende-se que a afetividade é essencial para que haja a plena convivência das crianças com seus genitores.

Desse modo, autores como Gonçalves; Souza Junior e Porto (2014. p. 1) entendem que impor a guarda compartilhada nos casos em que os pais estão em conflitos pode trazer inúmeros traumas e prejuízos ao infante.

Assim, quando não há consenso dos pais, entende-se ser essencial que se fixe residência do menor na casa de um dos genitores, onde “ela possa montar seu cotidiano e ter noção de seu próprio espaço e de suas responsabilidades, resguardando ao outro genitor o livre acesso às informações e o convívio” (MALVEIRA, 2015, p. 1).

A nova Lei da Guarda Compartilhada, Lei nº 13.058/2014 trouxe duas coisas importantes para as famílias: a revalorização do papel da paternidade e o oferecimento a criança de um desenvolvimento psicoafetivo garantindo a participação comum dos genitores em seu destino (ROSA, 2015, p. 74).

Isto porque ela irá proporcionar aos filhos o direito de ter um maior convívio com cada genitor e ainda dificulta que os genitores utilizem o menor como moeda de troca ou para coagir o ex-cônjuge a se submeter as suas vontades (GONÇALVES; SOUZA JUNIOR E PORTO, 2014. p. 1).

Com a aplicação da guarda compartilhada ocorre a cooperação mútua entre os pais, e os mesmos não expõem os filhos a seus conflitos pessoais, minimizam-se os desajustes e todos os desarranjos de ordem emocional e afetiva que possam acometer os filhos.

Além disso, contribui na minoração dos sentimentos da perda e da rejeição dos filhos, tornando-os consequentemente crianças mais equilibradas e ajustadas emocionalmente (GRISARD FILHO, 2009, p. 221).

Nesse contexto, Abbad (2015, p. 1) destaca que com a guarda compartilhada as crianças têm melhora na autoestima, adaptação emocional e comportamental e também adaptação ao divórcio.

Em relação aos pais, estes passam a participar mais no crescimento da criança e na construção da rotina diária destes, tendo em vista que todas as decisões referentes ao menor devem ser tomada em conjunto por ambos os genitores.

Sendo assim, conforme destaca Ribeiro (2015, p. 1) os genitores terão o direito/dever de participar do cotidiano do filho, com as responsabilidades fixadas de forma detalhada, tais como levar o filho na escola, ao médico, ao curso, participar de reuniões escolares e almoçar ou jantar com regularidade com o filho.

No caso do genitor que mora em cidades, estados distantes ou até mesmo em outro país, a guarda compartilhada também poderá ser aplicada, especialmente diante das facilidades que a tecnologia proporciona. Já a convivência com o genitor que mora longe poderá ser compensada durante os períodos de férias e feriados prolongados (ALMEIDA, 2015, p. 1).

De qualquer modo, a aplicação da guarda compartilhada deve ser de maneira que a família, base da sociedade, seja respeitada.

3.3. Entendimentos jurisprudenciais

O importante é que a guarda compartilhada cumpra seu principal objetivo que é minimizar os danos sofridos pelos filhos diante da ruptura da relação conjugal, preservando os laços familiares.

Durante a confecção do presente trabalho pode-se observar que com o intuito de se garantir o convívio familiar e também com o objetivo de garantir o

melhor interesse do menor, em 2008, foi criada a Lei que instituiu a guarda compartilhada.

Entretanto, ainda se prevalecia a guarda unilateral, o que em muita prejudicava a relação afetiva das crianças filhos de pais separados. Assim, com intuito de garantir o pleno convívio dos filhos com seus pais, garantindo um desenvolvimento saudável, em 2014, foi promulgada a Lei nº 13058/14 que analisamos acima.

Com o fim de se observar se tal lei está sendo aplicada de forma efetiva, a seguir, destaca-se algumas jurisprudências que versam sobre o tema.

Em um Agravo de Instrumento julgado em 23/04/2015, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi concedido, com base na lei nº 13058/14 a alteração da guarda unilateral para a guarda compartilhada.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014.

Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Não havendo prova irrefutável da incapacidade do alimentante, ônus que lhe cabia, restam mantidos os alimentos fixados. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70063573299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).

No caso em tela a guarda que era unilateral, foi transformada em compartilhada tendo em vista que esta deve ser a regra geral para que assim se garanta o direito de convívio familiar.

Já na apelação 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001 de 10/03/2015 do Tribunal de Maranhão, prevaleceu a regra do melhor interesse da criança.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LEI Nº 13.058/2014. REGRA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APELO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - De acordo com a Lei nº 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, a guarda compartilhada dos filhos é regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça;

II- Na espécie, não há elementos que afastem a possibilidade da incidência da guarda compartilhada. Na verdade, verifica-se que os genitores moram na mesma cidade (São Luis/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores;

III- O Estudo Social indica a competência de ambos os genitores para dividirem o cuidado e criação de seus filhos, apontando a guarda compartilhada como medida mais proveitosa para os maiores interessados, as crianças, que hoje contam com 05 (cinco) e 03 (três) anos de idade; Apelo parcialmente provido.

Diante do fato dos pais morarem no mesmo bairro, e ainda tendo em vista que o estudo realizado percebeu que ambos os pais podem exercer a criação dos filhos, entendeu-se, com base na nova lei, que a guarda compartilhada é a forma mais justa e proveitosa para os maiores interessados que são as crianças.

O que se observa é que alguns Tribunais já entendem da necessidade de ser aplicada a nova lei da guarda compartilhada para garantir aos envolvidos o direito d convívio familiar.

Sendo que somente nos casos em que existam motivos excepcionais de impedimento, a guarda compartilhada não deverá ser aplicada.

Em nosso trabalho, analisamos que o entendimento atual é de que a guarda compartilhada passou a ser adotada como regra geral, desse modo, mesmo nos casos em que o convívio dos genitores não seja satisfatório tal modo de guarda não estará prejudicada.

Partindo desse entendimento, no Tribunal do Rio Grande do Sul, em 21/05/2015, foi julgada a apelação cível e concedida a guarda compartilhada.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELA GENITORA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PRETENSÃO AVIADA EM RECONVENÇÃO. PROCEDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO.

1. Considerando que o estudo social realizado na instrução constatou que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, viável o estabelecimento de seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante.

2. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ.

3. Fixação como base de moradia a residência da genitora, com manutenção da obrigação alimentar paterna estabelecida na origem e regulamentação do convívio paterno-filial nos termos acordados pelos próprios genitores em audiência, sem prejuízo de ampliação, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis.

4. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064179195, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 21/05/2015).

O entendimento de que mesmo quando não há um bom relacionamento entre os genitores deve ser aplicada a guarda compartilhada, é também do Superior Tribunal de Justiça que afirma que devido a atenção aos interesses dos filhos que devem ser superiores.

Apesar de ser determinada a guarda compartilhada, a residência da criança foi fixada com a mãe, o que demonstra o entendimento firmado de que a guarda compartilhada e alternada não se confundem. Podendo ser completamente possível a manutenção da guarda compartilhada mesmo com a moradia fixa com um dos genitores.

Mesmo com entendimentos a favor da aplicação da guarda compartilhada, existem casos em que esta não é considerada a melhor opção, conforme se verifica na jurisprudência a seguir.

Processo: APL 04447798420118190001 RJ 0444779-84.2011.8.19.0001

Julgamento: 10/06/2015

Ação de guarda compartilhada e visitação. Pedido contraposto de guarda em favor da genitora e de regulamentação da visitação. Sentença de procedência que defere a guarda compartilhada do menor aos genitores, fixada a residência física do menor com sua genitora e regulamenta a visitação e convivência entre pai e filho. Apelação da ré tão somente quanto à guarda compartilhada. Ainda que a guarda compartilhada hoje se apresente como regra, de acordo com a nova legislação protetiva (Lei nº 13.058/2014), a soluções das demandas que envolvem guarda de menor é presidida pelo princípio do melhor interesse desse. Conjunto probatório do qual se recolhe que o menor, hoje com 08 anos de idade, encontra-se sob a guarda de fato da mãe desde 2010, quando do rompimento da união de seus genitores, preservada, entretanto, a presença paterna na vida da criança, conciliada com seus hábitos e rotina do dia a dia. Por outro lado, e, embora inaceitáveis os eventuais embaraços porventura cometidos pela mãe ao direito de visitação e convivência da menor com o pai, não se pode, prematuramente, estabelecer guarda compartilhada como mera punição à genitora, sem que se considere a compatibilidade da medida com o melhor interesse do menor, especialmente nos casos de pais que não são capazes, ainda, de decidir assuntos básicos do cotidiano do filho. Laudo psicológico que não recomenda a guarda compartilhada. Para que sejam alcançados os efeitos benéficos a que se propõe a guarda compartilhada, se faz necessário que os pais tenham, no mínimo, uma relação amistosa entre si. Caso contrário, a guarda unilateral se torna a mais recomendável. Inversão do ônus da sucumbência. Recurso a que se dá provimento.

Neste caso, a guarda compartilhada foi imposta, entretanto, a genitora materna recorreu diante do fato da guarda sempre ter sido unilateral, e o entendimento foi de que a guarda compartilhada não pode ser imposta como medida de punição para a mãe que dificulta a visitação. Além disso, um laudo psicológico foi contrário a guarda compartilhada.

Percebe-se que é essencial que os operadores de direito verifiquem em cada caso concreto pela aplicação ou não da guarda compartilhada,

mesmo diante do que impõe a nova lei. Isto porque, se questões essenciais não forem observadas, a guarda compartilhada não cumprirá seu papel de trazer um desenvolvimento saudável e um convívio com base na afetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um processo de separação não é fácil para nenhum dos envolvidos, principalmente para os filhos. O processo de dissolução da sociedade conjugal, conjuntamente com o processo de guarda, pode deixar sérias marcas nos personagens dessa triste história.

Para complicar, anteriormente o modelo de guarda privilegiado era o unilateral, sob a alegação de que a mãe possuía melhores condições de cuidar dos filhos.

Nesses casos, na maioria das vezes a guarda das crianças fica com a mãe e ao pai resta o direito de ter consigo os filhos apenas durante fins de semana, e ainda assim alternados. Isto por muitas vezes, trazia como consequência um afastamento no convívio entre os filhos e seu genitor paterno.

Com o intuito de mudar tal realidade os Tribunais passaram a permitir a guarda compartilhada, onde ambos os genitores dividem todo direito e deveres em relação aos filhos.

Com a inserção do instituto da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, colocaram-se em cheque todas as outras modalidades de guarda até então presentes em nosso ordenamento jurídico.

Verificamos que a viabilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada aos pais que se encontram em litígio pela guarda dos filhos, consiste primordialmente no princípio do melhor interesse do menor.

Desta feita, com o intuito de garantir o convívio familiar mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, em 2014, foi promulgada a Lei nº 13.058, que torna o instituto da guarda compartilhada a regra geral e não exceção como era com a antiga lei.

Assim, no caso de litígios pela guarda dos filhos menores, a primeira opção a ser considerada e aplicada é a guarda compartilhada. Apesar disso, há questionamentos a respeito das consequências da imposição deste modelo de guarda, principalmente nos casos em que não há um bom relacionamento entre os genitores, tornando a tomada de decisões referentes aos filhos uma situação complicada.

Entende-se ser a guarda compartilhada importante para que não haja grandes sequelas morais, emocionais, sociais, psíquicas e educacionais com a ruptura do lar conjugal.

Contudo, para que haja o sucesso da aplicabilidade da guarda compartilhada é de suma importância o diálogo entre os genitores, a fim de proporcionar à criança maior suporte em seu crescimento, abrandando assim, toda forma de trauma.

Entendemos que apesar da nova lei priorizar a guarda compartilhada, devem, os magistrados em cada caso concreto, decidir, pela aplicação ou não desta, tendo em vista que a inexistência de uma convivência pacífica entre os genitores pode trazer consequências que vão de contramão ao objetivo principal deste instituto, que é a manutenção da boa convivência familiar.

REFERÊNCIAS

ABBAD, Roosevelt. *Reflexões sobre o poder judiciário*. (2015). Disponível em: http://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/188942548/reflexoes-sobre-o-poder-judiciario?ref=topic_feed. Acesso em: 30 mai 2015.

ALMEIDA, Jessica. *Guarda compartilhada*. (2015). Disponível em: <http://jessimeida.jusbrasil.com.br/noticias/159414591/guarda-compartilhada>. Acesso em: 25 mai 2015.

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

BRITO, Francine Amanda Franchi. *Da atual legislação da guarda compartilhada e sua aplicabilidade*. (2015). Disponível em: http://francinefranchi.jusbrasil.com.br/artigos/160632197/da-atual-legislacao-da-guarda-compartilhada-e-sua-aplicabilidade?ref=topic_feed. Acesso em: 10 jun. 2014.

CAHALI, Yussef Said. A importância do Instituto da Guarda. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, n. 133, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. In: DINIZ, Maria Helena: *Direito Civil Brasileiro*, v. 5. 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. V. 7., 23. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo Código Civil*. 4.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 12. ed. ver., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FREITAS, Douglas Phillips. *A Nova Guarda Compartilhada*. Florianópolis: Voxlegem, 2014.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GABRIEL, Sérgio. *O papel dos princípios no Direito brasileiro e os princípios constitucionais*. Revista Jus Vigilantibus. nov. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/29789/2>. Acesso em: 02/02/2011.

GONÇALVES, Alex Araujo Terras; SOUZA JUNIOR, João Gusmão de; PORTO, Sirleide da Silva. *Até que amadureça, a lei da guarda compartilhada*

causará divergências. (2014). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-25/amadureca-lei-guarda-compartilhada-causara-divergencias>. Acesso em 10 jun. 2015.

GRISARD, Waldyr Filho. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALVEIRA, Jamille Saraty. *Tomem que o filho é de vocês: Uma análise sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória.* (2015). Disponível em: http://jsaraty.jusbrasil.com.br/artigos/189326134/tomem-que-o-filho-e-de-voces-uma-analise-sobre-a-lei-da-guarda-compartilhada-obrigatoria?ref=topic_feed. Acesso em: 19 de jun. 2015.

PAULO, Beatrice Marinho. *Alienação Parental: Identificação, tratamento e prevenção*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v.19(dez.,/jan. 2011). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

PELEGIM, Debora May. *Guarda compartilhada com a introdução da Lei nº 13.058/2014.* (2015). Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8967/Guarda-compartilhada-com-a-introducao-da-Lei-no-13058-2014>. Acesso em: 09 de jun. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Lane. *Guarda compartilhada: saiba como funciona.* (2015). Disponível em: http://lany.jusbrasil.com.br/artigos/188187836/guarda-compartilhada?ref=topic_feed. Acesso em: 30 mai 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre a Guarda Compartilhada*. São Paulo: JH Mizuno, 2. ed. 2008.

SOUZA, Jumara Toledo Pennacchi; MIRANDA, Vera Regina. Dissolução da conjugabilidade e guarda compartilhada. In: CARVALHO, Maria Cristina Neiva de; MIRANDA, Vera Regina. *Psicologia Jurídica: Temas de aplicação*. Curitiba: Juruá, 2007.