

A GUARDA COMPARTILHADA: OBRIGATORIEDADE DA APLICAÇÃO E A CORRESPONSABILIDADE ENTRE GENITORES À LUZ DA LEI N° 13.058/2014

Célia Da Silva Ribeiro¹
Afonso Winter Junior²

RESUMO

Este artigo pretende despertar relativamente a reflexão à obrigatoriedade da execução do instituto da guarda compartilhada e, conseqüentemente, a corresponsabilidade entre os genitores conforme a lei nº 13.058/2014. Trata em seu contexto do poder familiar, em que está presente o regulamentação da guarda, os protótipos de guardas, em especial este cânone em estudo, tendo como primordiais os privilégios e preceitos concedidos aos pais em correlação aos pósteros. Está sustentada em princípios basilares garantidores de direitos, através de normas que norteiam sua aplicação. Também esclarece possíveis dúvidas acerca do instituto, as críticas, as inovações e, por fim, os benefícios à prole. Demonstra as responsabilidades dos genitores, por requisitos e atribuições, em que estes exercem as atividades que são estipuladas pela referida lei, como: o dever de proporcionar cuidados, educação, uma convivência harmoniosa e equilibrada a fim de concretizar o melhor anseio do menor. Portanto, cabe ressaltar a importância da eficiente aplicação desse modelo de guarda e para isso se faz necessário uma boa convivência entre os pais e um lar harmonioso. Logo, essa convivência proporcionará ao menor os princípios e valores basilares, refletindo diretamente no desenvolvimento do seu caráter moral e social.

Palavras-chave: poder familiar, guarda compartilhada, obrigatoriedade da aplicação, corresponsabilidade entre os genitores, interesse do menor.

ABSTRACT

The target of this article is to deliberate on the compulsory application of the shared custody institute and, consequently, the co-responsibility between the parents according to law number 13.058 / 2014. It deals in its circumstances with the “family power”, in which the guard institute is inserted, the types of guards, specially this model under study, having as primordial the rights and duties assigned to the parents linked to the minor. It is based on fundamental principles that guarantee the rights,

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna Célia da Silva Ribeiro, da disciplina de TCC II, turma DIR131/BM. E-mail: celiasabia@hotmail.com.

² UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre, Orientador Afonso Winter Junior. E-mail – winterjunior@hotmail.com.

through norms that escort its application. It also clarifies possible doubts about the institute, criticism, innovations and, finally, the benefits to the offspring. Show the parents responsibilities, by requirements and attributions, in which they carry out the activities that are stipulated by law, such as: the duty to care, to educate, to provide a harmonious and balanced coexistence in order to serve the best interest for the minor. Therefore, it is important to emphasize the relevance of the skilled application of this guard model and for this it is necessary a favorable coexistence between parents and a harmonious home. Soon, this coexistence will provide the child with basic principles and values, reflecting directly on the development of his moral and social character.

Keywords: family power, shared custody, mandatory application, co-responsibility between parents, minor interest.

1. INTRODUÇÃO

Diante dos problemas reais vividos por muitos pais e filhos, após a dissolução do casamento, surge uma solução para aqueles que querem dirimir e resolver questões sobre a guarda.

Em nosso ordenamento jurídico há meios de resolver possível conflito visando a obtenção da guarda por intermédio do Judiciário, dentre estes podemos atribuir tais soluções ao instituto da guarda compartilhada. A Carta Política Brasileira vigente em seu dispositivo legal 226, § 5º e inserido no Código Civil vigente de 2002, em seu artigo 1630 e 1631, discorre sobre o poder familiar. Ainda dispõe expressamente o artigo 1583, caput, as hipóteses em que podem ser aplicadas o instituto da guarda unilateral e da compartilhada, porém este artigo sofreu alteração trazido pela nova lei 13058/2014.

O presente artigo tem como objetivo promover a reflexão sobre o tema abordado, exibindo em seu contexto os elementos inseridos pela norma legal acima predita, os adiantamentos alusivos à guarda compartilhada, os incentivos ao menor e aferir as possíveis falhas na aplicação desta modalidade de guarda por meio de pesquisa bibliográfica.

Cabe ressaltar que a questão apresentada é relevante, pois trata de uma pesquisa contributiva à sociedade que promoverá o entendimento e a reflexão quanto a imposição obrigatória desta, até mesmo em casos de desacordo das partes. Entretanto, pode ser atinado o comprometimento de ambos os genitores, ao

efetuarem as atividades instituídas pelo poder familiar, levando em consideração o relevante valor moral e social que perdurará durante a vida dos infantes.

Enfatiza a importância de esclarecer possíveis dúvidas deixadas pela nova lei, desenvolvida nesta pesquisa como: identificar tais deveres e obrigações legais impostas aos pais através da guarda compartilhada.

Vale ressaltar que a hipótese a ser apresentada é relevante, pois trata de uma reflexão sobre o sistema judiciário na forma de aplicação da norma em estudo. Também faz menção a importância da eficiência da norma legal quanto a sua obrigatoriedade na aplicação, assim como a forma que o assunto da pesquisa contribuirá para nosso aprendizado, levando em consideração o destacado valor moral e social.

2. PODER FAMILIAR

Encontra-se expresso no art. 226³, *caput*, bem como possui acepções no §5⁰⁴ da Constituição Federal de 1988, além de previsão nos arts. 1.630⁵ e 1.631⁶ do Código Civil Brasileiro atual, do mesmo modo, encontrada nas disposições da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Já o Código Civil brasileiro aborda esse poder como sendo aquele exercido pelos pais e do qual os filhos estão submetidos a tal poder. Desta forma, elucida Nader (2016, p. 427) que: “... os pais possuem o poder de agir, a fim de prover as necessidades materiais e morais de seus filhos menores”.

Estão inseridos no contexto familiar os direitos e obrigações dos genitores, que abrangem a todos os envolvidos, inclusive os avós, baseado no postulado da função social da família. Logo, a família é a base social assegurada pela Carta Maior, impondo ao Estado o dever de protegê-la integralmente.

Leciona Tartuce (*apud* Stolze e Pamblona Filho, 2016, p. 29), acerca dos ensinamentos sobre o objetivo da família, que “[...] não é mais a família um fim em si, mas o meio social para a busca da nossa felicidade na relação do outro”, ou seja,

³ A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

⁴ Os direitos e deveres referente a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁵ Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores.

⁶ Durante o casamento e união estável compete ao poder familiar aos pais, na falta ou impedimentos de um deles, outro o exercerá com exclusividades.

sua função primordial é servir como uma ponte para a consecução de nossos objetivos.

O autor Filho (2010, p. 35), define o poder em comento como “um conjunto de obrigações dos pais em relação aos filhos menores.”

O instituto do poder parental, norteado de vários princípios entre eles o “princípio da solidariedade familiar”, faz uma junção na relação entre os entes da mesma família: pai, mãe, e avós. Portanto, a solidariedade familiar é o ato de responder e cuidar do outro, sendo assim, tais requisitos são essenciais para erigir um corpo social, liberto, honrado, e compassivo. Por intermédio deste princípio pressupõe-se o pagamento de alimentos em caso de necessidade, em conformidade com artigo 1694 do Código Civil brasileiro. Segundo o artigo 226 da Constituição Brasileira, § 8º, viabiliza-se a assistência familiar, criando maneiras para coibir a violência no meio das relações.

No conúbio ou em união estável os pais têm aptidão para operar esse poder, porém se houver algo que impossibilite de o exercer, a outra parte estará habilitada a exercê-lo. À luz do artigo 1631 do CCB, parágrafo único, se há divergência entre as partes qualquer uma das partes terá a faculdade de procurar o Poder Judiciário para resolver a controvérsia.

Já o artigo 1632 do CCB prevê que em caso de separação judicial, dissolução de união estável ou divórcio não se interfere no convívio familiar e tão pouco no direito e dever de que os pais têm de estarem juntos com seus filhos.

Quanto ao exercício de que trata o artigo 1634 do CCB, alterado pela Lei 13058/2014, impõe aos pais essa competência e os deveres legais. E, dentre esses, praticar tanto a guarda de maneira unilateralmente, quanto partilhar ela. Já o fim do poder familiar se encerra quando a criança completa a maioridade civil.

2.1. PRINCÍPIOS INERENTES AO PODER FAMILIAR

2.1.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Existente no artigo 1º, inciso III, da Carta Política, fundamenta a natureza do indivíduo e sua existência digna, elevando esse princípio a princípio dos princípios.

Assim, em conformidade com as ideias de Tartuce, que tece considerações a respeito do enunciado:

“[...] a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade”. (Tartuce, 2016, p. 7).

A Carta Magna enseja aos indivíduos os direitos fundamentais e sociais, valorando-os de forma única, pois atribui tal valor ao merecimento, ao respeito, a honra e dignidade em todos os sentidos, independentemente da questão racial, moral e religiosa.

2.1.2. DA ISONOMIA NO ÂMBITO FAMILIAR

Esse princípio suscita a todos a igualdade diante das normas legais, descrito no *caput* do art. 5º da Lei Fundamental. Desta forma, não se pode mencionar a atribuição do poder familiar somente ao homem ou à mulher, uma vez que esta particularidade restou por estar ultrapassada em face aos avanços resultantes de fatores sociais.

Para o doutrinador Tartuce (ibid, p. 20), “há uma despatriarcalização do direito de família”, em que a “figura paterna não exerce o poder do passado”, visto que o princípio em questão presa pela cooperação, isto é, assegura o regime de companheirismo, amparado pela bilateralidade de ambos os sexos quando do comando da família.

No Código Civil atual, está previsto em seu art. 1.566, incisos III e IV, que são designados os deveres aos dois e não somente a uma das partes, respaldado pela assistência recíproca, pela aceitação e pelo apreço entre ambos.

2.1.3. MELHOR INTERESSE DA PROLE

Este princípio encontra-se no *caput* do artigo 227, que foi alterado pela EC nº 65/2010, trazendo incumbência à parentela, à coletividade, e aos pais, o encargo de salvaguardar o infante.

Ademais, as disposições que mencionam a defesa dos interesses dos infantes igualmente encontram respaldo no ECA e prevê a proteção a eles que, além desses direitos, assegura a proteção contra toda forma de negligência, exploração, discriminação e violência. À luz do art. 3º do ECA, toda criança e adolescente deve

usufruir de todos os direitos fundamentais, sem que tenha algum tipo de prejuízo a sua proteção integral, com a finalidade precípua de desenvolver-se física, mental, moral e espiritualmente, em situação de dignidade e liberdade.

Com a Lei nº 13.058/2014, que trata da guarda sendo compartilhada, passou-se a vigorar como sendo norma de regra generalista quando dispuser acerca de quem deve ter o poder parental, já que em tempos anteriores a guarda do infante se dava de forma unilateral.

Para isso, na guarda sendo compartilhada, o menor se relaciona com os pais, em que estes serão os responsáveis pelo seu desenvolvimento pleno. Assim, para a concretização da guarda sendo compartilhada, é imprescindível que seja aplicado a medida interdisciplinar, ou seja, os profissionais das áreas da psicologia e assistencial deverão analisar os aspectos do local onde o infante irá residir, com vistas ao seu melhor interesse e à preservação de seus direitos. Logo, pressupõe-se que deve haver harmonia entre os genitores.

3. DA GUARDA

Pode ser definida pela configuração de um desdobramento elementar do poder familiar. Desta forma, demarcada pelo próprio instituto do poder familiar, consiste em obrigações impostas ao genitor guardião que possui o dever de guardar e cuidar da prole, respaldando o seu melhor desenvolvimento saudável.

Dessa maneira diz Grisard Filho (2011, p. 48), que “...ela surge como direito-dever natural e original dos pais”, já que existe a convivência com os filhos e sustenta a consecução das funções parentais que estão previstas no CCB de 2002.

Assim, é permitido ao titular do poder parental o direito de ter a presença dos filhos, para educá-los e orientá-los durante a convivência familiar, já que a essência da guarda é o interesse do menor, devendo os pais agir com responsabilidade de proporcionar ao filho um lar saudável e equilibrado a fim de atender as necessidades básicas e fundamentais do menor.

Diante disso, a guarda encontra-se vinculada diretamente ao melhor aproveitamento, anelando o interesse familiar, protegido pelas normas fundamentadoras do nosso sistema jurídico.

Do mesmo modo, ensina Madaleno (2013, p. 330, *apud* TEIXEIRA), no que concerne à autoridade parental e ao matrimônio dos genitores, que “[...] os genitores devem tutelar a responsabilidade dos rebentos e trabalhar para a construção da autonomia e responsabilidade”.

Ainda elucida Dias:

“A ‘posse’ do filho não decorre da simples presença física no domicílio de um dos pais. O fato de os filhos residir com um não significa que o outro perdeu a ‘guarda’, expressão alias de conteúdo nítido punitivo. A palavra guarda significa verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito.” (Dias, 2016, p. 852).

Por fim, há uma dificuldade na identificação de onde está o melhor interesse da prole, nas causas demandadas no judiciário, pois há uma complexidade de fatos que o juiz deve considerar no caso concreto, visto que, para se tomar a devida decisão, o magistrado precisa se apoiar tecnicamente em conhecimentos multidisciplinares que farão o trabalho psicossocial.

3.1. TIPOS DE GUARDA

3.1.1. GUARDA UNILATERAL

Essa forma de guarda é aquela em que o guardião tem o poder e a custódia física da prole. Logo, possui o poder exclusivo de decidir situações relacionadas ao filho. Porém, esse modelo de guarda somente é aplicado em casos em que um dos pais não queira a guarda do filho, em conformidade com o dispositivo legal do art. 1.583, §1º do Código Civil brasileiro. A respeito da guarda unilateral, explica Filho:

“No pós-ruptura o genitor que obtenha a guarda assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto do direito do outro de ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação. Há assim, uma redistribuição dos papéis parentais e com evidente privação de suas essenciais prerrogativas ao genitor não guardião.” (Filho, Grisard, 2010, *apud* Rosa, p.58).

Para aquele que detém a guarda familiar subsiste o direito de estar presente e se sobrepõe sobre o direito do não guardião que não tem direito a visitar e ter a presença do filho, se não for previamente estabelecidos pela justiça. Porém, a pessoa que não tem a guarda pode fiscalizar, supervisionando o outro e de requerer

a prestação de contas, postulando ação de prestação de contas referentes à situação que envolva direta e indiretamente a prole. Ainda em caso de falta de informação do filho, pode requerer multa diária, sob o fundamento da negativa de informação.

3.1.2. GUARDA ALTERNADA

Ela é diferente da guarda unilateral e da compartilhada, pois os infantes ficam submissos à guarda material dos pais de forma alternativa ou intermitente, alternando de residência.

Nesta guarda cada um dos responsáveis têm a guarda de seu filho exclusivamente, durante um período pré-determinado ou estipulado, em que exercem as atividades inerentes aos direitos e também aos deveres postos pela forma de guarda.

Conforme entendimento do “Egrégio Tribunal de Justiça” do Estado de Santa Catarina⁷:

“[...] nos casos que envolvam a alteração da guarda, o magistrado deve proceder, mais do que o habitual, com extrema cautela, pois qualquer modificação na vida da criança - ser em desenvolvimento que é - pode implicar graves consequências”. [...] “Assim, se os elementos probatórios demonstram a perfeita adaptação do menor no lar materno, não há razão para se estabelecer” [...] “a guarda compartilhada entre os genitores, tanto mais quando - a par da manifesta animosidade reinante entre eles”. “[...] tal medida significaria sujeitar o menor a mudanças semanais de residência, gerando-lhe inegável instabilidade emocional e psíquica”.

Portanto, esse período pode ser estabelecido de forma anual, semestral, ou mensal, alternando a guarda dos detentores. Não há a possibilidade de compartilhamento, logo criam-se regras, espaços e tempos próprios em que o filho faz parte e participa dessa alternância na convivência familiar.

3.1.3. A GUARDA EXERCIDA FORA DO PODER FAMILIAR

Há outra forma de guarda, instituída pelo artigo 28 do ECA, ou seja, aquela em que o infante é colocado em família diversa do tronco comum natural. Assim, prescreve Tartuce que:

⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AI nº 443287/SC 2010.044328-7. Agravante: M. C., Agravado: A. R. G., Interessado: A. C. G.. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Eládio Torret Rocha. Santa Catarina, 25 de maio de 2011.

“[...] a guarda é uma das formas de colocação da criança e do adolescente a uma família substituta, possível quando a família, por algum motivo se ‘desintegra colocando em risco a situação de crianças e adolescentes’.” (Liberati, *apud* Tartuce, 2016, p.678).

Nessa forma de guarda, expressa como integrante do direito assistencial, os menores deverão ser ouvidos antes pela equipe interprofissional se for possível, sempre respeitando o seu grau de entendimento, uma vez que sua opinião será relevante e considerável, priorizando o grau de parentesco.

Algumas alterações dessa modalidade de guarda foram feitas pela Lei nº 12.010/2010 – Lei da Adoção, uma vez que utilizou o mesmo processo para a guarda, em que casos envolvendo infantes maiores de doze anos deverão ser ouvidos em audiência para apreciar o consentimento do menor. Com base no art. 28, §3º do ECA e no art. 227 da Carta Magna, que faz menção a afetividade como elemento fundamental para que se tenha uma boa convivência, assegurando o melhor interesse da prole.

Outra inovação está nos casos previstos pelo artigo 28, §4º, pois o conjunto de irmãos reunidos em situação de adoção, tutela ou guarda, serão postos a mesma família substituta como prioridade, exceto se comprovadamente houver algum risco de abuso, ou outra excepcionalidade.

Elucida Tartuce (2016, p. 673), que “[...] deve-se procurar em qualquer caso, evitar o rompimento dos vínculos fraternais. Desse modo procurar valorizar os vínculos de sangue deferindo-se uma guarda composta.”, visto que, o menor terá um apoio referente a uma preparação e acompanhamento, durante e posteriormente realizado por uma equipe multidisciplinar a serviço do judiciário da infância e da juventude.

3.1.4. GUARDA COMPARTILHADA MEDIANTE A LEI Nº 13.058/2014

No preâmbulo da lei objeto de estudo, há a indicação de que o texto legal tem por objeto estabelecer a significação da expressão guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicação.

Logo, a guarda compartilhada é constituída por intermédio da responsabilidade entre os pais que exercem o poder familiar, ou seja, ela pode ser adotada pelo consenso de ambos ou pelo juiz, em caso de conflito entre os responsáveis.

Em conformidade com os ensinamentos de Nader, este nos ensina que:

“[...] o compartilhamento pressupõe regulamento em que fiquem definidas as atribuições de cada genitor e o tempo em que os filhos passaram em companhia de um ou de outro”. (Nader, 2016, p. 442).

A nova alteração que a Lei da Guarda Compartilhada provocou no âmbito do Código Civil Brasileiro, prevê a obrigatoriedade da sua aplicação, mesmo em casos que não existir acordo entre as partes envolvidas, adquirindo para si o dever de respeitar a ordem judicial a eles imposta.

Determina o Código Civil que na extinção ou dissolução da união ou vínculo matrimonial não altera as obrigações dos pais com os filhos e esses deveres permanecem intactos devido a obrigação que os genitores têm de proteger seus filhos.

Neste sentido há jurisprudência⁸ favorável à obrigatoriedade do instituto da guarda compartilhada que anela proteger os interesses dos filhos, numa sociedade que redefine os papéis sociais dos responsáveis, dissolvendo as firmes divisões desses papéis.

4. QUANTO À RESPONSABILIDADE DOS PAIS

A guarda compartilhada refere-se à divisão de direitos e deveres relacionados aos filhos, visto que ambos os genitores deverão juntos decidir e chegarem a um acordo sobre qual a melhor maneira de aplicar esses deveres. Importante enfatizar que o dever é dos dois, em resguardar o respeito e o equilíbrio, para que se tenha uma boa convivência com a família, promovendo mais eficácia à execução da guarda, pois as atribuições dos pais referentes aos filhos constam do art.1.634⁹caput e incisos I até o inciso IX, da Lei 10.406/2002, que autoriza aos pais terem o controle de seus filhos, ensinando e mostrando a eles a melhor maneira de conviver em comunidade, resguardando os seus direitos e os dos outros e, em função disso, as referidas normas trazem as hipóteses de que em determinadas situações, qual será a forma de que os responsáveis devem portar-se.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1428596/RS. Recorrente: J. C. G. Recorrido: C. G. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de junho de 2014.

⁹ BRASIL. Lei de nº 10.406, Brasília 10 de janeiro de 2002.ART.1634.” Compete a ambos os pais, qualquer seja a sua situação conjugal, o pleno exercício, do poder familiar que consiste em quanto aos filhos :I dirigir-lhe a educação, II-exercer a guarda unilateral ou compartilhada”, nos termos do artigo 1584.” [...]VIII- reclama-lo de quem ilegalmente os detenha; IX-exigir que lhes prestem obediência a respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Quanto às responsabilidades de ambos, objetiva uma ideia nova de compartilhamento e não de posse dos filhos, que em outro tempo era visivelmente percebido.

Desta forma, significa partilhar, dividir diretamente e em conjunto as atribuições relacionadas às atividades e, principalmente, as responsabilidades inerente ao menor. Com isso, buscando sempre o intuito de atender ao postulado do melhor benefício ao menor e suprir suas necessidades básicas como: prover o sustento, a educação, a saúde, a segurança, dentre outras.

Nos ensinamentos de Madaleno:

"[...] Portanto na guarda compartilhada, que representa "dividir as responsabilidades legais" pela tomada de decisões relevantes na vida dos filhos, não há compartilhamento do tempo, e nem existe um dever de alimentar diferenciado e muito menos dispensado, eis que seguem os filhos em residência fixa e com as usuais visitas de outro detentor de uma responsabilidade conjunta, que não exime do ordinário o dever de alimentar". (Rosa, *apud* Madaleno, 2013, p. 67).

Cabe salientar que é possível a aplicação eficiente dessa maneira nova de companhia com genitores separados que é a guarda compartilhada e ciente de que é necessário uma inovadora maneira de compreensão que deve existir em vista ao cuidado com os filhos. Afinal, todo cuidado, responsabilidade e dedicação irá refletir na formação moral dos filhos.

Neste sentido, aduz Dias:

"A responsabilidade dos pais é objetiva, o que lhes confere plena atuação aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos mesmos" (Dias, 2016, p.764).

Menciona o CCB¹⁰ de 2002 que na dissolução ou extinção da união ou vínculo matrimonial não se altera os deveres dos pais em relação aos filhos. Esses deveres permanecem firmes por causa da obrigação que os pais têm de cuidar de seus filhos.

5. BENEFÍCIOS PARA OS FILHOS

¹⁰ BRASIL. Código Civil Brasileiro; Lei de nº10.406 de 10 de janeiro de 2002.

A Lei da Guarda Compartilhada obrigou os responsáveis a uma nova forma de educar e cuidar dos filhos em caso de separação conjugal. Logo, a educação dos filhos está diretamente ligada à vida dos pais em seu cotidiano.

No entanto, existem pais que não possuem desejo de ter o seu filho participe desse cotidiano ou até mesmo por razão de falta de condições para tal. Assim, a lei vem como um remédio para as relações desarmônicas entre os genitores, possibilitando a estes o diálogo e a boa convivência, através dos limites e parâmetros estabelecido pela referida lei.

Ensina Pereira:

“A guarda compartilhada além de vários benefícios funciona como um antídoto da alienação parental. Não querer compartilhar a guarda é não pensar verdadeiramente na criança. A disputa de guarda é sempre uma questão de poder. E assim esta lei vem quebrar, uma estrutura de poder. Este é o seu maior mérito.” (Pereira, 2015, p.37).

A referida lei possui intenções relevantes e boas, equilibrando e fazendo as devidas adaptações entre os pais a fim de que os menores possam conviver em harmonia com o pai, com a mãe e com toda a família.

Logo, essa especificidade de guarda é própria e conveniente para a criança, pois em nada interfere na vida da família, nem em relação à pensão alimentícia, que permanece sendo de responsabilidade dos pais. O que acontece é o compartilhamento do cotidiano dos filhos, não tirando deles essa harmonia vivenciada, que outrora fazia parte de sua vida e agora dará continuidade só que em casas diferentes.

Ainda nesse sentido, enfatiza Pereira:

“ A separação dos pais não precisa significar o distanciamento da rotina dos filhos. Mas, para isto, é necessário que se observe o tema do ângulo do interesse maior da criança e do adolescente. Obrigar os pais a compartilharem a guarda é determinar que eles saiam do seu egoísmo e tenham um olhar mais generoso com os próprios filhos.” (Pereira, 2015, p.37).

Entretanto, é preciso compreender que os filhos menores de pais que estão separados, sempre terão ao invés de uma, duas casas, e que o fato de terem duas casas não quer dizer que isso irá trazer à prole malefícios e nem diminuirá o amor que os genitores têm por ele. Assim, o que haverá será uma situação nova referente

a rotina dos envolvidos, inclusive do menor que terá que aprender a conviver em decorrência natural do poder familiar.

6. PONTOS RELEVANTES E CRÍTICOS

Na história brasileira, a cultura do patriarcalismo dominou por muito tempo, mesmo sendo uma cultura preconceituosa e atribuindo à figura da mãe o papel de cuidar dos filhos. Dessa forma, o homem ficava em desvantagem e sem condições de oferecer o devido cuidado ao menor.

É papel fundamental dessa nova lei tratar com equidade os genitores, possibilitando a ambos a igualdade por intermédio da guarda sendo compartilhada e determinada pelo Poder Judiciário. Porém, não se pode esperar uma mudança de cultura e costume repentina devido a nova lei.

Pelo novo modelo quando não existir concordância entre os genitores em relação à guarda do infante, os dois estarão aptos a exercerem o poder parental, concretizando a guarda compartilhada, excetuando o caso de um dos pais manifestar ao magistrado a dispensa da guarda. Neste sentido, segundo Fachin:

“(...) Não parece ser a compulsoriedade de um modelo de guarda mais adequado caminho. (...) Ao que parece a pura e simples imposição da guarda compartilhada pode gerar uma situação mais nefasta do que benéfica para os filhos. (...) Impôr a guarda compartilhada, significa alocar a criança no olho do furacão muitas das vezes se tornando alvo da disputa dos pais e, não raro sofrendo das nefastas consequência da alienação parental.” (Fachin, 2015, p. 32).

Por conseguinte, o que deve ser pensando é na conveniência da prole, ou seja, deve ser observado o princípio da convivência saudável, visto que a mera companhia entre os genitores não é bastante para saciar o interesse dos ínfimos.

Ressalta-se aqui que a lei possui boa intenção e a sensibilidade por parte do legislador, defendendo que a criança tenha as duas presenças dos seus responsáveis presentes, mesmo depois da separação conjugal. O que a torna deficiente é a questão da falta de meios e instrumentos para a melhor aplicação.

A lei 13.058/2014 objetiva cancelar a reflexão de valores realizada pelo juiz, inserindo ao caso concreto o texto já contido no corpo da lei, isto é, essa

ponderação já está pronta, não observando os principais elementos desse caso em concreto, provocando assim uma ineficiência que gerará consequências, considerando a carência de verificação da verdadeira realidade vivida pelos envolvidos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Brasileira de 1988, menciona o poder familiar como direito e dever fundamental conferido aos pais em conformidade ao trato com os filhos pequenos e não emancipados, responsabilizando-os na obrigação de cuidar e educar eles.

Destarte, essa guarda é certa por intermédio do poder parental, ou seja, é um desdobramento desse e permite aos genitores o direito à guarda de suas crianças quando existir a dissolução marital ou quando nem sequer houve um vínculo afetivo.

O responsável pela guarda tem o direito e a obrigação de cuidar e proteger a prole e, quando estes são desrespeitados ou descumpridos, há a possibilidade de se buscar o Poder Judiciário a fim de satisfazer o direito existente em relação à guarda. O juiz investido de autoridade para decidir sobre o instituto da guarda, deve seguir o rigoroso quesito de atender os anseios da criança ou do adolescente. Todavia, para isso o magistrado deve observar e conferir qual das partes preenchem os requisitos necessários para oferecer um melhor convívio para esta criança.

Isso pode ser visto através de equipe multidisciplinar disponibilizada pelo Poder Judiciário e que realiza trabalho interdisciplinar por meio de vários profissionais como: psicólogos, assistentes sociais, etc., avaliando quais das partes têm melhor condições para ser o guardião da prole.

Anterior à Lei 13058/2014, a regra geral da guarda era a unilateral. A compartilhada era concretizada eventualmente em algumas situações. Devido a vigência desse novo dispositivo legal, a nova Lei da Guarda Compartilhada, consolidou a obrigatoriedade desse instituto como regra geral, exceto se um dos genitores não queira a guarda do filho, ficando as outras especificidades de guarda como exceção.

Este novo modelo de guarda leciona sobre a responsabilidade dos genitores como fundamento importante para a sua concessão, responsáveis pela construção

do caráter da criança, pela sua criação e manutenção, pois o filho se espelha nos pais para o seu desenvolvimento tanto moral, quanto social, que refletirá quando estiver na fase adulta. Essa lei veio somar e mudar, já que tem característica educativa, pois há uma cultura arraigada em nosso país e, em muitos casos, ao final da relação conjugal, os pais não conseguem manter uma harmonia entre eles e os filhos acabam ficando no meio desse conflito, além de sofrerem com essa separação. E como se não bastasse tem de passar pela definição da guarda.

Assim, o novo dispositivo legal veio trazer uma nova compreensão sobre a guarda, surgindo a ideia de que é possível conviver em harmonia e se ter uma boa convivência, mantendo o respeito, a compreensão com o outro, mesmo quando não existe mais um enlace conjugal e que esse fim não irá interferir na vida dos filhos, nem deixará de prestar o devido cuidado, oferecendo o afeto que a prole precisa.

Ainda ensina que essa responsabilidade continuará integralmente, apesar de dividir a guarda, ficando o guardião incumbido de proteger a prole e prestar todas as obrigações, inclusive os de alimento.

Destarte, para a concessão dessa especificidade de guarda em análise, cabe ao juiz aplicar essa modalidade conforme os ditames legais e ao executá-la, deve explanar e esclarecer como funciona a guarda compartilhada para que não reste dúvidas que possam impedir a sua eficiente aplicação. Pois, uma vez defeituosa e errônea poderá ocasionar ao menor sérios prejuízos e problemas.

Por fim, resta salientar que o Poder Judiciário, por intermédio do juiz investido de poder e autonomia para decidir, tem em suas mãos vários instrumentos para avaliar e verificar a melhor aplicação dessa modalidade de guarda (compartilhada) que é regra geral. Mas, possui outras modalidades como exceções se entender serem melhores e adequadas para atender a prioridade que é o benefício do menor, uma vez que esse encontra-se vulnerável devido a situação em que se encontra.

REFERÊNCIAS

PEREIRA, R. C. Guarda compartilhada obrigatória: em benefício dos filhos. **Consulex**, Brasília, DF, ano XIX, n. 434, p. 37, fev. 2015.

FACHIN, L. E. Apontamentos críticos à nova lei de guarda compartilhada compulsória. **Consulex**. Brasília, DF, ano XIX, n. 434, p. 32, fev. 2015.

DIAS, Arlene Mara de Souza. Considerações sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada. **Consulex**. Brasília, DF, ano XIX, n. 434, p 34, fev. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Apud* TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 2016, p. 7.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Direito de família. 11. ed. rev. Atual. E ampl. v. 5 – Rio de Janeiro: Forense. 2016.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada** – Um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AI nº 443287/SC 2010.044328-7. Agravante: M. C., Agravado: A. R. G., Interessado: A. C. G.. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Eládio Torret Rocha. Santa Catarina, 25 de maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1428596/RS. Recorrente: J. C. G. Recorrido: C. G. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de junho de 2014.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Curso de direito Civil. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

SITE PLANALTO. Portal da legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>> Acesso em: 10 de novembro de 2017.