

A NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS.

Laíse Jales de Mota Paiva¹
Ana Paula Cacho Oliveira de Santana²

RESUMO

Este trabalho aborda uma das questões mais complexas e atuais do Direito das Famílias: a guarda compartilhada dos filhos face à ruptura de laços de um matrimônio ou de uma união estável de seus genitores. A pesquisa tecida caminha pela evolução histórica do instituto da Guarda, demonstra as suas espécies, contempla o conceito específico e atual do Instituto, adaptado à Lei 13.058/2014 (Nova Lei da Guarda Compartilhada), reforçando a atuação da Guarda Compartilhada como um pressuposto gerador da responsabilidade civil familiar, bem como demonstra os seus reflexos para o Direito das Famílias contemporâneo, norteado pelos Princípios da Afetividade e do Pluralismo Familiar. Por fim, o presente artigo reforça a indispensabilidade da preservação do direito fundamental à convivência familiar, pautado, para a questão em tela, no Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Palavras-chave: Código Civil de 2002; Direito das Famílias; Lei 13.058/14; Guarda Compartilhada; Princípios.

ABSTRACT

This paper addresses one of the most complex and current issues of law of Families: joint custody of the children due to the rupture of a wedlock or a stable union of their parents. Woven search walks the historical evolution of the Guard Institute, demonstrates its kind, includes the specific and current concept of the Institute, adapted to Law 13,058 / 2014 (New Law of Shared Guard), reinforcing the role of Shared Guard as a generator assumption family liability and demonstrates the consequences for the Law of contemporary Families, guided by the principles of Affection and family Pluralism. Finally, this article reinforces the necessity of preserving the fundamental right to family life, based, for the issue at hand, in the Best Interest of the Child Principle.

Keywords: Civil Code 2002; Right of the families; Law 13.058/14; Shared custody; Principles.

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN) E-mail: jales@outlook.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN) E-mail: acacho36@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa precipuamente esclarecer questões polêmicas acerca da recente Lei 13.058, qual seja, a Lei da guarda compartilhada, de dezembro de 2014. Para isso, faz-se necessário a explanação de vários temas até que seja estudada a referida Lei.

Primeiramente, é importante destacar a evolução histórico legislativa do instituto da guarda, passando a uma análise do Pátrio Poder até o Poder Familiar; do Código Civil de 1916, o qual remetia à ideia de culpa, até o atual Código Civil de 2002. Trazendo, ainda, a Constituição Federal com o Princípio da Igualdade e o Estatuto da Criança e do Adolescente como norteador dos direitos das crianças e adolescentes. Passando, finalmente, à análise da guarda unilateral, bem como da guarda compartilhada.

Posteriormente, será feito um breve relato das modalidades de guarda, dando ênfase à guarda compartilhada, de acordo com a Lei 11.689/2008. Serão aqui tratadas, além desta última, a guarda unilateral, a guarda alternada e, por fim, a guarda nidal. Apenas presentes no Ordenamento Jurídico as duas primeiras, motivo pelo qual serão mais abordadas, não esquecendo de reforçar as diferenças entre a guarda compartilhada e a alternada, por ser bastante frequente a confusão entre estas.

Logo após, como objeto deste artigo, o terceiro capítulo abordará finalmente a guarda compartilhada no Ordenamento Jurídico brasileiro, já sob o aspecto da nova Lei de nº 13.058. Aqui, serão mencionadas as alterações feitas pela Lei, modificando vários artigos do Código Civil de 2002.

Com as alterações elucidadas, o último capítulo tratará dos aspectos positivos e negativos da nova lei da guarda compartilhada, trazendo à tona o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, o Princípio da Afetividade, bem como o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente. Ainda, sendo abordadas questões bastante polêmicas, principalmente referente à guarda compartilhada ser expressamente regra no Ordenamento Jurídico brasileiro e a possibilidade de sua aplicação mesmo sem o consenso entre os genitores.

Desta feita, o objeto deste artigo é a problematização de questões que permeiam a nova lei da guarda compartilhada, que é bastante polêmica e já trouxe preocupações aos operadores de Direito, fazendo com que o leitor tenha uma visão clara acerca das modificações trazidas, tomando, desse modo, uma posição referente a um tema deveras importante para o Direito das Famílias.

Sobre isso, diversos questionamentos são feitos, o mais recorrente traduz-se na ideia de saber se as alterações são uma medida efetiva na criação dos filhos, ou mesmo se elas trazem algum malefício à criança e ao adolescente e, finalmente, questiona-se se verdadeiramente a nova lei trouxe avanços em relação à anterior. É ao que se propõe analisar neste artigo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA DO INSTITUTO DA GUARDA

Para que se inicie um minucioso estudo acerca da nova Lei da Guarda Compartilhada, faz-se necessário pontuar alguns aspectos históricos do instituto da Guarda, introduzindo, neste estudo preliminar, desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais.

É sabido que as mães sempre tiveram um maior controle sob seus filhos, no sentido de desenvolverem melhor as funções maternas, uma vez que lhes fora ensinado, desde meninas, a brincar com bonecas e desenvolver atividades dentro de seu lar, ao contrário dos meninos, que logo eram encaminhados para a vida pública, externa, para além das portas do lar. Assim sendo, os pais tinham a responsabilidade econômica e social de manter a família enquanto as mães, inseridas na esfera privada, cuidavam dos seus filhos.

Isso ocorre devido ao fato do Direito Contemporâneo de família ter sido fortemente influenciado pelo Direito Romano, o qual concedia ao homem o poder de chefe do lar³, existindo grande influência do poder paterno na vida dos filhos.

Noutro pórtico, o Código Civil de 1916 designava que a guarda dos menores, em caso de desquite, permanecesse com o cônjuge que não deu causa à separação, isto é, aquele que tivesse culpa não ficava com os filhos. É importante frisar, ainda, que se ambos os pais fossem culpados, os filhos poderiam manter-se com a mãe, mas se a culpada fosse a mãe, eles não poderiam ficar sob seus cuidados.⁴

O Código Civil de 1916 era claramente punitivo ao determinar a guarda ao cônjuge inocente, o que acabava por deixar de privilegiar o direito da criança e do adolescente, fazendo com que, muitas vezes, se estabelecessem relações traumáticas entre pais e filhos.

³ O 'Pátrio Poder', instituído em Roma, objetivava o interesse exclusivo do chefe de família em tomar decisões tanto de ordem patrimonial como pessoal.

⁴ A discussão da culpa, para o Código Civil de 1916, era relevante. Tal entendimento já foi superado nos dias atuais, visto que não há mais que se falar de discussão de culpa em sede de divórcio ou desenlace de união estável, no Direito das Famílias contemporâneo, abraçado pelo CC/02 e Leis Extravagantes.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 5º estabeleceu que os direitos em relação à sociedade conjugal deveriam ser exercidos da mesma forma pelo homem e pela mulher, fazendo com que houvesse uma mudança significativa na vida das famílias. Já em seu art. 5º, § 1º, a Constituição Federal de 1988 assegurou que homens e mulheres possuem os mesmos direitos e obrigações.

Isso decorre do Princípio da Igualdade adotado pela Carta Magna de 1988. Com ele, todos os cidadãos devem ter tratamento idêntico pela Lei, independente de cor, raça, religião e sexo, fazendo com que os iguais fossem tratados igualmente e os desiguais, desigualmente.

Com isso, houve grande mudança no que se refere à estrutura familiar brasileira, uma vez que o modelo patriarcal fora totalmente esquecido, prevalecendo um modelo em que as responsabilidades seriam partilhadas entre o pai e mãe.

Destarte, o que se chamava “pátrio poder” ficou denominado, após a mudança no cenário familiar, de poder familiar. Sobre isso, Maria Helena Diniz aduz que

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

Neste momento, o poder familiar passou a ser exercido levando em conta os aspectos emocionais e afetivos das crianças e adolescentes, diferentemente do que existia no Código Civil de 1916.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, trouxe a figura da criança e do adolescente como sujeitos de direito, elencando direitos fundamentais às crianças, de 0 a 11 anos, e aos adolescentes, de 12 a 18 anos. Isso fez com que aumentasse a igualdade entre os pais e ampliasse positivamente os direitos dos filhos.

Já o Código Civil de 2002 trouxe a guarda como unipessoal, sob o título de proteção da pessoa dos filhos, assim, ao cônjuge que perdesse a guarda dos filhos, seria estabelecido um regime de visitas.

Entretanto, com a edição da Lei 11.698 de 2008, a qual instituiu e disciplinava a Guarda Compartilhada, o Código Civil de 2002 deixou de priorizar a Guarda Individual, fazendo com que a preferência fosse pelo compartilhamento. Com isso, os juízes deveriam esclarecer aos pais o que seria a Guarda Compartilhada, podendo até mesmo impô-la, ainda que não houvesse consenso entre eles, disputando a guarda única dos filhos.

A partir disso, depreende-se que a Lei da Guarda Compartilhada trouxe significativas mudanças no quadro da família brasileira, ao passo que determinava a divisão de tarefas dos filhos e estes são os que mais sofrem com a separação dos pais, como expressa Maria Berenice Dias

Lembra a psicologia que são os filhos quem sofrem mais com o processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimentos psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais tivessem violando as obrigações de paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo. (DIAS, 2014).

Porém, com a chegada da Nova Lei da Guarda Compartilhada⁵, de 22 de dezembro de 2014, que regula a aplicação da Lei anterior, o magistrado não dará mais preferência ao compartilhamento da Guarda, passando ela a ser obrigatória. Assim, o que era visto como um avanço pode ser agora um retrocesso, ao passo que muitos genitores, em processo de desenlace, seja casamento ou união estável, encontram-se em conflito, podendo ensejar o surgimento de inúmeros problemas, causando traumas e lesionando o Princípio do Melhor Interesse, tanto para a criança, quanto para o adolescente.⁶

Sobre a Nova Lei, muitos questionamentos são feitos. Como, por exemplo, se tal medida de imposição é mesmo efetiva ou até que ponto ela beneficia as crianças e adolescentes. E esse é o objeto deste estudo, que, ao longo de seus capítulos, trará os aspectos positivos e negativos a respeito da nova Lei da guarda compartilhada, visando alcançar as respostas aos questionamentos mais frequentes.

⁵ Lei 13.058/14.

⁶ Aqueles considerados, ainda, como absolutamente e relativamente incapazes, artigos 3º e 4º do Código Civil/02.

3 UM BREVE RELATO DAS MODALIDADES DE GUARDA

É relevante tratar das modalidades do instituto da guarda, para que, de modo cuidadoso, possa-se traçar um estudo detalhado sobre a mais comentada e polêmica das modalidades, qual seja, a guarda compartilhada. Neste capítulo, a discussão será fundada em torno das modalidades de guarda presentes no Código Civil de 2002, além de outras duas também muito importantes.

O instituto da guarda traz disposições sobre a questão dos filhos havidos fora do casamento, como elencam os arts. 1.611 e 1.612 do Código Civil de 2002, tratando também da proteção dos filhos, em seus arts. 1.583 a 1.590. A questão das modalidades da guarda gira em torno da proteção dos filhos, por isso não interessa, neste momento, discorrer acerca do tema dos filhos havidos fora do casamento.

Assim, é mister destacar que a guarda dos filhos é exercida de forma conjunta pelos genitores, somente sendo individualizada quando há a separação de fato ou de direito dos pais. Ou, ainda, quando o filho for reconhecido por seus genitores, não residindo estes sob o mesmo lar.

De acordo com o art. 1.583 do Código Civil, a guarda será unilateral ou compartilhada. A primeira, tratada pelo Ordenamento Jurídico como exceção, pode ser fixada por decisão judicial ou pela simples vontade dos genitores, traduzindo-se na ideia de um dos pais ficar com o encargo físico do filho, competindo ao outro o direito de visitas.

Desse modo, na guarda unilateral não há o que se falar em divisão de atribuições referente aos filhos, como diferentemente estabelece a guarda compartilhada. Aqui, a criança ou adolescente tem como modelo apenas um dos genitores, aquele que, para todos os efeitos, convive diariamente com o filho, colocando este sob seus cuidados.

Porém, ao contrário do que se pensa, o genitor detentor do direito de visitas não deixa de exercer seu poder familiar sobre o filho, uma vez que este ainda possui responsabilidade para com ele, tendo o dever de supervisionar os interesses do filho, como bem assegura o art. 1.583 em seu parágrafo 3º.

Detém a guarda unilateral dos filhos o genitor que apresentar ou puder propiciar melhores condições de afeto, saúde, segurança e educação. Isso é o mínimo para que a criança ou adolescente viva em um lar onde a ordem e a paz predominem, tendo, o filho, dessa forma, toda uma estrutura física e psicológica para o seu crescimento.

Nessa modalidade de guarda, como em todas as outras, deverá prevalecer o respeito e a compreensão entre os genitores, para que os resultados sejam positivos e satisfatórios, principalmente para os mais afetados nessa relação, os filhos.

Paralela à guarda unilateral há a guarda compartilhada ou guarda conjunta, conforme o dispositivo já exposto, art. 1.583 do Código Civil, então regulada pela Lei 11.698 de 2008, trazendo o conceito de divisão de encargos pelos genitores em relação aos filhos, devendo ser tratada como regra, consoante o Ordenamento Jurídico brasileiro.

Com a estrutura familiar enfraquecida, após o rompimento dos genitores, os papéis que estes desenvolviam sofrem modificações devido à divisão de tarefas em relação aos filhos. Estes, por sua vez, passam a ter como referência apenas um dos pais e, exatamente para sanar esse problema, surge a Lei da guarda compartilhada, que assegura uma maior aproximação de ambos os pais com os filhos.

A guarda compartilhada, mais do que isso, dá aos filhos a oportunidade de ver seus pais novamente juntos, discutindo pontos relevantes acerca de seu bem-estar, não havendo limitação de visitas nem limitação de acesso à criança em relação ao outro genitor. Como bem assevera Maria Berenice Dias

Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (DIAS, 2014).

Essa modalidade de guarda poderá ser fixada por consenso ou por determinação judicial. Não sendo designada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, existe a alternativa de ser buscada em demanda autônoma, do mesmo modo podendo ser requerida por qualquer dos genitores em ação própria.

Ainda no que diz respeito ao poder familiar, pode-se afirmar que a guarda compartilhada seria a manifestação mais autêntica desse poder, tendo em vista ser exercida por ambos os genitores em igualdade de condições, tendo, estes, as mesmas obrigações, os mesmos direitos e deveres para com sua prole.

Com isso, o ideal seria que os genitores residissem em uma mesma localidade, tornando a relação familiar mais simples, já que as decisões são tomadas conjuntamente, mas, do contrário, não há vedação à aplicação do instituto da guarda compartilhada, como ensina Messias Neto

Nesta modalidade de guarda, há igualdade nos poderes exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas, e até mesmo em localidades diferentes. (NETO, 2015).

Apesar da guarda compartilhada ter trazido significativos avanços para o quadro do direito de família brasileiro, não pode ser aplicada em caráter amplo, isto é, à todas as situações, em razão de primeiramente ter que haver consenso entre os pais. Sem isso, é possível que aconteça exatamente o oposto na relação familiar, traumatizando os filhos e os afastando de seus pais.⁷

Assim, é necessário que os genitores se desarmem completamente, não fazendo com que as mágoas um do outro atrapalhem sua relação com seus filhos. A compreensão e a boa vontade jamais podem ser esquecidas pelos pais que optam pelo compartilhamento da guarda e para aqueles a que lhes é designada judicialmente, visto que aqui se leva em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e não a mera vontade dos genitores.

Ainda assim, como já mencionado, a guarda compartilhada, de acordo com a Lei 11.698, deve ser regra no Ordenamento Jurídico brasileiro. Dando, dessa forma, os magistrados, preferência à sua aplicação.

Noutro pórtico, diferentemente da modalidade da guarda compartilhada, há a guarda alternada, empregada, por diversas vezes, erroneamente como sinônimo de guarda compartilhada. A confusão entre o compartilhamento das responsabilidades e a alternância da guarda acontece desde a edição da Lei 11.689.

A guarda alternada, embora não seja regulamentada em nosso Ordenamento Jurídico pela referida lei, tem sido amplamente aceita em nossos tribunais, o que acaba por tornar-se extremamente importante para este estudo.

⁷ MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. Revista EMERJ, RJ, 2009.

Nesta modalidade de guarda, a prole permanece sob os cuidados de apenas um dos genitores, durante período pré-determinado, findo o qual os papéis se invertem, alternadamente.

Por esse motivo, a guarda alternada não deixa de ser, também, uma guarda unilateral, uma vez que apenas um dos genitores, durante certo espaço de tempo, é titular dos direitos e deveres com relação ao poder familiar. Mas, como exposto, em nenhum momento a guarda compartilhada aproxima-se da alternada.

Por fim, do mesmo modo, também não regulada pelo nosso Ordenamento Jurídico, existe a guarda nidal, pouco comentada e utilizada pelos pais. Ocorre que, nesta modalidade de guarda, ao contrário da modalidade alternada, os pais se revezam, a cada período, na residência original do casal.

Então, sua repercussão é pequena no sentido de que os pais, ao optarem por esta modalidade, têm maiores gastos financeiros, uma vez que, além da residência da criança, ambos os pais irão contrair despesas de suas próprias residências.

Entretanto, a maior de suas vantagens perfaz-se na ideia de que a criança não precisará alternar entre as residências materna e paterna, tendo, assim, somente um lar de referência.

Portanto, tratando-se de uma família estruturada, em que não haja espaço para constantes desentendimentos entre os pais e, ainda, havendo poderio econômico para isso, certamente poderá, o Juiz, homologar a fixação de guarda nidal.

Mediante o exposto, as mais difundidas modalidades de guarda no Direito das Famílias foram tratadas neste capítulo, quais sejam a guarda compartilhada e a alternada, legalmente previstas no Código Civil de 2002, a guarda alternada, também bastante elencada em decisões de nossos tribunais, além da nidal. Desta feita, prontamente passa-se ao estudo da nova Lei da guarda compartilhada.

4 A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É sabido que a guarda compartilhada, advinda da Lei 11.698 de 2008, já mencionada, trouxe significativas mudanças para o quadro do direito das famílias. Primeiramente devido ao reequilíbrio dos papéis parentais, uma vez que a mãe e

pai possuem a mesma capacitação para cuidar dos filhos, trazendo, por outro lado, a garantia da efetiva participação de ambos os genitores na vida dos filhos.

Em virtude disso, pode-se certamente afirmar que a chegada da guarda compartilhada no Ordenamento Jurídico foi uma novidade bastante bem vinda⁸. Tanto para os pais, que começaram a ter mais prerrogativas na vida dos filhos, quanto para estes últimos, que passaram a ver os genitores mais presentes e empenhados para tratar de questões que norteiam suas vidas.

No entanto, recentemente, foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff a Lei 13.058 de dezembro de 2014, que veio a estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada e dispor acerca de sua aplicação, modificando os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002.

A nova lei trouxe mudanças significativas em pontos bastante relevantes acerca da guarda dos filhos. A principal delas diz respeito à guarda compartilhada ser tratada como regra e a possibilidade de sua aplicação mesmo sem o consenso entre os genitores. Principal, no sentido de que está sendo deveras discutida por ter surpreendido muitos doutrinadores, advogados, juristas e especialistas do direito das famílias.

Mas ainda trouxe mudanças relativas à custódia física obrigatória, ao instituto de convivência, às atribuições de cada genitor e a necessidade de um trabalho interdisciplinar, o descumprimento das obrigações e as consequentes punições ao genitor insistente, bem como o pagamento de alimentos na guarda compartilhada.

Dessa forma, faz-se necessário esclarecer cada uma delas. A primeira, qual seja, a custódia física obrigatória, diz respeito à determinação, quando fixa-se a guarda, de com que o filho irá morar. Sobre isso, a nova redação do Código Civil, em seu art. 1.583, § 3º, trouxe o conceito de custódia física como “base de moradia”, deixando expresso que, agora, a guarda compartilhada poderá ser determinada ainda que os genitores não residam numa mesma cidade.

Essa alteração merece destaque no sentido de que, desde a edição da Lei 11.698 de 2008, muitos tribunais deixavam de utilizar-se do compartilhamento da guarda em razão dos genitores residirem em diferentes cidades.

Porém, não havendo consenso entre os genitores acerca da base de moradia de sua prole, caberá ao juiz e ao promotor utilizarem-se da perícia social e psicológica, para que assim o juízo decida qual residência é a mais adequada para

⁸ DIAS, Maria Berenice. “Guarda Compartilhada, uma novidade bem vinda”.

tal encargo, pois, o fundamento escolhido pelo legislador foi a moradia que melhor atender aos interesses dos filhos, residindo, ou não, os genitores, na mesma cidade.

A segunda mudança trazida pela nova lei da guarda compartilhada está muito ligada à primeira, uma vez que se refere ao instituto do direito de convivência. Anteriormente este era denominado como direito de visitas, agora, de acordo com o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai.

Isso quer dizer que ambos os genitores têm a obrigação de possuir acomodações para seus filhos em suas residências, para que, dessa forma, sintam-se em casa também, nas duas situações. O que não deve ser confundido com o instituto da guarda alternada.

Quanto às atribuições de cada genitor e a necessidade de um trabalho interdisciplinar, entende-se que, com a nova lei, quando não houver consenso entre os genitores ou estando algumas questões pendentes de atribuição, segundo a regra do § 3º do art. 1.584, o juiz, de ofício ou à requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, sempre visando à divisão equilibrada de responsabilidades entre a mãe e o pai e do tempo de convivência destes com o filho.

Com essas sessões terapêuticas será possível que ajustes sejam feitos, de modo a melhorar a convivência entre os genitores e a prole, permanecendo o processo suspenso até que haja a conclusão das atividades.

Outra alteração legislativa quanto às responsabilidades dos genitores remete à ideia de terem aumentado as oportunidades do dever de vigilância, no momento em que o art. 1.584, em seu § 6º afirma que “todo 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”.

Ora, o art. 1.634,⁹ em seu inciso I do Código civil, e o art. 229¹⁰ da Constituição Federal, bem como do art. 33¹¹ do Estatuto da Criança e do

⁹ Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

¹⁰ Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹¹ A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009).

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Adolescente, reafirmam que é dever dos pais, estando em qualquer situação conjugal, dirigir-lhes a criação e a educação, sendo obrigados a prestar-lhes assistência moral, material e educacional.

Entretanto, algumas instituições de ensino restringiam o acesso das informações ao genitor que detinha a guarda da criança ou adolescente. Por isso, esse dever de informar alcança a todas as instituições, seja educacional, esportiva ou até mesmo associativa¹².

Outra mudança citada é com relação ao descumprimento das atribuições pelo genitor. Sabe-se que na guarda compartilhada deve existir corresponsabilidade de ambos os genitores no exercício das atribuições referentes à prole, no caso de dissolução matrimonial ou do companheirismo. Essas responsabilidades são fixadas em sentença, para que, caso haja descumprimento, algo possa ser feito.

Quanto a isso, desde a Lei 11.698 de 2008 já havia punições para o genitor que descumprisse tais obrigações, através da inserção do § 4º do art. 1.584 no Código Civil, fixando que o “descumprimento imotivado da cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”.

Todavia, de acordo com as alterações feitas a partir da nova lei, não mais existe a parte final do dispositivo anterior, o qual previa a possibilidade de restrição de tempo de permanência com o filho, mas nada mudou com relação à possibilidade de redução de prerrogativas. No mais, a lei não as especifica.

Ademais, acerca da última modificação descrita, qual seja, o pagamento de alimentos, é importante destacar que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros alimentos que necessitem para sua sobrevivência, sempre sendo observada sua condição social, para que viva de modo compatível com esta última. Assim ensina o Código Civil, em seu art. 1.694.

De acordo com o art. 1.695 do mesmo dispositivo legal, o dever de prestar alimentos se dá quando quem recebe não tem bens suficientes, nem pode manter-

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

¹² Essas instituições estão sujeitas à multa, caso descumpram a nova Lei.

se pelo seu trabalho, desde que a figura de quem reclama possa fornecer sem que lhe sejam causados maiores prejuízos.

Isso decorre do Princípio da Solidariedade, tratado no art. 3º, inciso I da Constituição Federal, que traz a ideia de responsabilidade também para a sociedade, como muito bem explica Conrado Paulino da Rosa

Sob a ótica desse princípio, a solidariedade familiar pactua que a responsabilidade pela existência e sobrevivência de cada um dos membros da sociedade não é apenas dos poderes públicos, mas da sociedade em si e de cada um de seus integrantes. Assim, tal princípio jurídico impõe efeitos de responsabilização dos pais em relação aos filhos (inclusive para muito além da maioria desses), bem como entre o casal. (ROSA, 2015).

Ainda em relação à fixação dos alimentos na guarda compartilhada, é sabido que aos pais é atribuído o dever de sustento de sua prole, consoante os arts. 1.566¹³, inciso IV e 1.568¹⁴, ambos do Código Civil, bem como o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, cada genitor deverá contribuir como puder para atender às necessidades dos filhos, que, quando crianças ou adolescentes, estas são presumidas, somente sendo levadas à juízo no caso de existirem necessidades diferenciadas, isto é, aquelas que ultrapassem a lógica do usual, necessitando de comprovação nos autos da ação de alimentos.

Nesse sentido, o genitor que ficar com o encargo da custódia física dos filhos, como consequência, permanecerá, o outro genitor, obrigado a prestar alimentos, visto que a guarda compartilhada não pressupõe alteração na prestação alimentícia, contrariando aqueles que insistem em afirmar o equívoco da lei, por entenderem que não seria necessária a obrigação de prestar alimentos.

Logo, comentadas todas as alterações advindas da nova lei, passa-se ao estudo da guarda compartilhada como regra, bem como sua possível aplicação

¹³ São deveres de ambos os cônjuges:

(...)

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

¹⁴ Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

ainda que não haja consenso entre os pais. A explanação desse quesito é o objetivo deste artigo.

Em suma, com a entrada em vigor da Lei 11.698 de 2008 no Ordenamento Jurídico, com o escopo de trazer a guarda compartilhada para o Direito das Famílias brasileiro, o art. 1.584, § 2º do Código Civil apontou que, em não havendo acordo entre ambos os genitores quanto à guarda da prole, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Como já aludido neste artigo, a lei da guarda compartilhada surgiu como uma novidade bem vinda, trazendo esta modalidade de guarda como regra, mas não de forma expressa¹⁵. No entanto, com a vigência da lei 13.058 de 2014, agora, além de o compartilhamento passar a ser expressamente regra no Ordenamento Jurídico, os juízes deverão aplicá-lo mesmo quando não existir acordo entre os genitores, encontrando estes no exercício do poder familiar, exceto na hipótese de um deles alegar ao magistrado que não deseja a guarda do filho.

Assim sendo, a principal alteração foi no sentido da expressão “sempre que possível” da lei anterior ter sido revogada, passando-se à utilização da guarda compartilhada pelos magistrados ainda que gere conflitos aos genitores sobre com quem ficará a guarda da prole.

Acerca desse tema, já foram feitos muitos questionamentos sobre como ficará a situação dos filhos. Muitos estão ansiosos para saber se essa medida será realmente efetiva e até que ponto ela beneficiará o menor, ou se existe, de fato, avanço para o direito das famílias. É o que trata o próximo capítulo deste artigo, trazendo aspectos positivos e negativos da nova lei em questão, analisando principalmente o bem estar da prole.

5 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

Conforme a elucidação das modificações trazidas pela nova lei da guarda compartilhada, torna-se nítido que esta causará divergências no âmbito jurídico. Alguns defendem que houve avanço no direito brasileiro com a nova lei, outros afirmam que ela pressupõe conversa e consenso, acreditando não existir avanço para os mais importantes e protegidos nessa relação, os filhos.

¹⁵ Havia confusão nesse sentido, mas, pelos tribunais, a guarda compartilhada já era tratada como regra.

Para os que defendem, a família brasileira já está pronta para encarar com maturidade essas mudanças, ao passo que, mesmo estando os genitores em conflito, estes desejam estar sempre próximos aos seus filhos, do mesmo modo desejando estes últimos o convívio diário e permanente com seus pais. Portanto, todos fariam com que existissem diálogo e respeito nas decisões, fazendo com que os envolvidos nessa relação ficassem completamente satisfeitos¹⁶.

De fato, nenhum juiz, sob essas condições, deveria deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo motivo de não aceitação de outro genitor, tendo em vista a maturidade prevista nessa relação.

Acredita-se, sob essa vertente, que seria egoísmo por parte dos genitores não haver esforço para tal conciliação, já que os filhos devem ser sempre os protegidos por eles, fazendo com que seus interesses predominem sob os dos genitores, uma vez que o que está em jogo é o crescimento sadio, ou seja, sem traumas nem constrangimentos, da prole. Sobre isso, esclarece Conrado Paulino da Rosa

Ora, filhos de pais que mantêm o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que entendem sobre a guarda dos próprios filhos. (ROSA, 2015).

Outro ponto positivo que merece destaque é o direito de convivência, antes denominado direito de visitas, em que, agora, faz-se necessário que haja equilíbrio no tempo de convívio com cada genitor, como anteriormente citado. Dessa forma, pai e mãe terão o mesmo direito de convivência com sua prole, evitando, de pronto, discussões acerca de estar algum genitor prejudicado quanto a esse direito.

Nisso, leva-se em conta também o interesse dos filhos, que passarão a conviver de forma equilibrada com ambos os genitores, aproximando-se das duas famílias a que pertencem, lembrando que eles necessitam de espaço físico nas residências do pai e da mãe.

Outro forte argumento nessa acepção é o de que a determinação da guarda unilateral como regra no Ordenamento Jurídico poderia trazer à tona a questão da

¹⁶ ROSA, Conrado Paulino Da. “Nova Lei da Guarda Compartilhada”, p. 82. SP, Saraiva.

alienação parental¹⁷. Por conseguinte, devendo esta ser decretada apenas em caráter de exceção, devido à prole ver-se totalmente afastada de um de seus genitores. Desta maneira, ainda sobre alienação parental, ensina Maria Berenice Dias que

O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. (DIAS, 2013).

É bem verdade que a alienação parental não é recente e é sofrida, na maioria dos casos, pelo genitor, pelo motivo de que, culturalmente, com a significativa mudança de costumes, o pai começou a tornar-se mais participativo na vida de seus filhos, quando da separação. E a guarda compartilhada foi muito importante nesse aspecto, visto que ajudou a reverter esse quadro da alienação parental.

Ocorre que, no compartilhamento da guarda, nenhum dos genitores tem espaço para persuadir os filhos, fazendo-os acreditar em suas opiniões, muitas vezes articuladas pelo desejo de vingança ou pelo simples sentimento de rejeição. Não têm espaço no sentido ambos se fazerem bem mais presente na vida dos filhos do que como na guarda unilateral.

Outrossim, com relação à modificação quanto ao exercício de vigilância nas inúmeras instituições, também mostra-se positiva para os que defendem a nova lei no sentido de que, neste momento, há igualdade parental, porque ambos os genitores são titulares para pedir informações a qualquer instituição acerca da vida de seus filhos. À vista disso, diz-se que a nova lei da guarda compartilhada é a lei da igualdade parental, posto que direitos e deveres foram reestabelecidos e colocados em equilíbrio.

É considerável que se ressalte a questão da igualdade parental. De fato, a nova lei trouxe regras, especialmente direitos, que vieram a reforçar a igualdade entre pai e mãe, sendo benéfico não só para os pais que, muitas vezes, se viam praticamente excluídos dessa relação, mas para a prole, que passou a observar o interesse de ambos à respeito de assuntos referentes à sua vida, educação, e bem estar.

Estas são, em síntese, as vantagens apresentadas pela Lei 13.058 de 2014. No entanto, ao que pese, em demasia apresentam-se as desvantagens, em razão de muitas críticas terem sido feitas desde a edição da referida lei.

¹⁷ Art. 2º da Lei 12.318 de 2010.

A vertente dos que discordam das alterações trazidas pela nova lei mostra-se claramente mais coerente de que a anterior, na medida em que a vida das crianças e adolescentes é analisada com mais cuidado e atenção, sob a ótica de influentes princípios para o Ordenamento Jurídico brasileiro.

Primeiramente, considera-se a intromissão exacerbada do Estado nas relações familiares. É certo que o Estado, a sociedade e a família são os responsáveis pela guarda e proteção das crianças e dos adolescentes, porém, ultrapassa o dever do Estado impor a guarda compartilhada mesmo não havendo consenso entre os genitores, podendo causar traumas e gerar a insatisfação, sobretudo da prole envolvida.

Para alguns, a intervenção estatal poderia estar diretamente ligada ao Princípio trazido pelo art. 227 da Constituição Federal e pelo art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente¹⁸. Do contrário, para outros, o Estado estaria usurpando o papel dos verdadeiros envolvidos na relação, tendo apenas estes o poder de decisão sobre aquilo que melhor se encaixe na situação vivida no momento. Isto é, a crítica feita é referente à imposição da guarda compartilhada.

O que os magistrados antes davam preferência, agora devem impor. Essa é a maior preocupação sentida pelos que discordam da nova lei, justamente por acreditar que, na maioria das famílias brasileiras, ainda não há bom senso e maturidade para esse tipo de imposição. Especialmente para casais em litígio, o que faz com que os filhos sofram, não tendo uma orientação firme de seus genitores, e até muitas vezes sendo tratados como meros objetos dos jogos de disputa e vingança.

Nesse sentido, crianças e adolescentes sofrem com a falta de um comando único, sofrem ainda por insegurança, devido à instabilidade na relação vivida para com seus genitores. Por isso, o ideal seria que a guarda compartilhada somente fosse fixada pelo magistrado quando houvesse ao menos diálogo entre os pais, mas ela faz a previsão em sentido antagônico.

Aqui encontra-se o grande aspecto negativo da nova lei da guarda compartilhada, que se sobrepõe a todas as suas benesses tratadas anteriormente. Ora, deve-se buscar sempre o que é mais benéfico e menos traumático para a criança e para o adolescente e, certamente, obrigando genitores a conviverem diariamente, o respeito e a tranquilidade não encontrarão moradia nessa relação.

¹⁸ O Estado é o maior responsável pela proteção da criança e do adolescente.

Desse modo, os genitores devem ter o único objetivo de querer o bem estar da prole, ultrapassando questões pessoais. É necessário que não haja rancor, ódio, tampouco sentimento de vingança pelo ex cônjuge ou companheiro. O que, decerto, pode-se afirmar que não ocorre na prática, vez que os genitores saem emocionalmente abalados de relações muitas vezes fracassadas, sendo quase impossível a manutenção de um diálogo ou de uma amizade sincera.

Assim, o Princípio fundamental do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente¹⁹ está sendo afetado. Aduz o princípio que, aqueles que se encontram em situação de fragilidade, devem ser ao máximo preservados, tendo em vista estarem em processo de amadurecimento e formação de sua personalidade. Fato esse que agrava ainda mais a situação da criança ou adolescente que não tenha genitores engajados na luta pelo seu sustento e formação.

É importante destacar, ainda, o Princípio da Afetividade, extraído do Princípio mencionado acima bem como do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não previsto legalmente no Brasil, mas essencial para o Direito das Famílias, o qual traz a ternura e o afeto como sustentação para todas as relações, principalmente entre pais e filhos. Ocorre que, em não havendo afeto, não há o que ser compartilhado pelos genitores. Pois, uma vez que estes não conseguem estabelecer a paz, entrando em consenso, não atentam para o bem estar da prole, não fazendo jus, de fato, ao amor e afeto sentidos pelos filhos.

Além disso, é de se imaginar as futuras contendas ocasionadas pela nova lei da guarda compartilhada, abarrotando ainda mais o Judiciário, tendo em vista a insatisfação de muitos pais e filhos que objetivariam a adoção de medidas realmente efetivas, dignas de solucionar os problemas existentes na relação especialmente entre os genitores, para que a paz prevalecesse nessa relação, estando claro o bem estar da prole.

Por fim, analisados os aspectos positivos e negativos das alterações feitas pela nova lei da guarda compartilhada no Código Civil, frisa-se que, embora tenha trazido algumas benesses para os genitores e a prole, a tese de que esta modalidade de guarda agora é imposta pelo magistrado se sobrepõe aos benefícios explanados, vez que, pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, estes devem ser cuidadosamente preservados, de modo que não sofram sequer riscos de existir uma relação em que leve a futuras frustrações ou traumas.

6 CONCLUSÃO

¹⁹ Art. 227 da Constituição Federal e arts. 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. É princípio fundamental no Ordenamento Jurídico.

A abordagem da evolução histórico legislativa da guarda possibilitou o estudo de temas essenciais os quais permeiam o direito das famílias, como, por exemplo, o Pátrio Poder, fortemente influenciado pelo Direito Romano, muitas vezes confundido com o Poder Familiar, tido como importantíssimo avanço no cenário de direito das famílias.

Outra questão, não menos importante para a compreensão do referido instituto, é a noção de culpa, trazida pelo Código Civil de 1916, em que, quem desse causa à separação perderia a chance de manter os filhos sob seus cuidados. Nessa época, não existia discussão quanto ao bem estar da criança e do adolescente.

Houve, ainda, grandes avanços para o quadro do direito das famílias no que diz respeito à estrutura destas, com a chegada do Princípio da Igualdade abarcado pela Constituição Federal de 1988. Do mesmo modo, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, em 1990, trazendo crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

Passando, assim, à análise das modificações advindas do Código Civil de 2002, referentes ao instituto da guarda. No caso, a guarda unipessoal era tratada como regra, o que foi prontamente modificado após a edição da Lei 11.698, qual seja, a lei que trouxe a guarda compartilhada para o Ordenamento Jurídico, passando, esta, a ser tratada agora como regra.

Posteriormente, ao tratar das modalidades de guarda no direito brasileiro, o que mais se destaca é a confusão feita entre as guardas compartilhada e alternada. A primeira, tratada como regra, após a edição da Lei 11.698, tem o intuito de divisão de responsabilidades entre os genitores. Aqui, a prole terá um lar de referência, sem limite de visitas em relação ao outro progenitor, já na guarda alternada, não há lar de referência, posto que os papéis se invertem periodicamente, alternando, a prole, entre as residências dos genitores.

Sobre esse tema, é considerável afirmar que, nenhuma das modalidades de guarda tratadas por este artigo – guardas unilateral, compartilhada, alternada e nidial, pressupõe a perda do Poder Familiar, muito pelo contrário, tendo sempre o outro genitor o encargo de observar e acompanhar o desenrolar da vida de seus filhos.

Com isso, caminha-se para o estudo da nova lei da guarda compartilhada. Primeiramente, a Lei 11.698/2008 foi bastante comentada neste artigo, justamente para compará-la à Lei posterior, 13.058/2014. Trouxe, a primeira, a noção de reequilíbrio dos papéis parentais, uma vez que pai e mãe teriam as responsabilidades compartilhadas. Esta surgiu, em 2008, como uma novidade bastante bem vinda no quadro de direito das famílias.

Já a Lei 13.058 de dezembro de 2014, que alterou artigos do Código Civil, é polêmica. Isso deve-se ao fato de que antes, o magistrado tinha o dever de dar preferência à aplicação do compartilhamento, agora, deve impor, ainda que os genitores não entrem em consenso.

Neste artigo, todas as alterações foram elucidadas, sob os aspectos positivos e negativos. Muitas destas alterações podem, e por vezes, devem ser vistas como vantagens, entretanto, colocadas numa balança, pesam menos do que a ideia de imposição da guarda compartilhada. Essa é a grande preocupação dos operadores de direito.

Assim sendo, constata-se que a nova lei trouxe alguns avanços, principalmente quanto ao compartilhamento ser expressamente posto como regra, uma vez que não seria interessante ter a guarda unilateral como regra, especialmente no tocante à alienação parental, bastante presente nos dias atuais, sendo modificada, essa realidade, pela aplicação da guarda compartilhada.

Todavia, sua imposição, de acordo com o § 2º, do art. 1.584 do Código Civil, traz imenso retrocesso. Não é possível vislumbrar avanço nesse quesito. As famílias brasileiras não estão prontas para tal mudança, isso se explica pela falta de maturidade nas relações conjugais e de companheiros. Portanto, não faz-se necessário que a prole submeta-se ao risco de sofrimento, frustrações ou constrangimentos, uma vez que seus pais estão sempre em conflito.

Nesse caso, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente bem como o Princípio da Afetividade, princípios estes fundamentais, deverão ser colocados acima dos anseios dos genitores. Uma criança ou adolescente convivendo com seus pais em guarda compartilhada, estes estando em constantes brigas, seria, no mínimo, traumático e desestimulador, tornando-se ainda mais frágil.

Por fim, pelas considerações explanadas, as alterações não podem ser tidas como uma medida efetiva para a criação dos filhos. A solução se dá pela premissa existente antes da nova lei, onde os aplicadores do direito entendiam que o compartilhamento só seria eficaz em havendo, ao menos, consenso entre os pais, o que se mostrava lógico. Hoje, existe a falsa inteligência do novo dispositivo que determina a sua aplicação ainda nos casos em que não exista o mínimo consenso entre os genitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código Civil Brasileiro.**

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Ed. 9ª. Revista dos Tribunais Ltda. SP, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Ed. 28ª. Saraiva. SP, 2013.

HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao Código Civil de 2002**. Saraiva. SP. 2014.

HOFFMANN, Eliane Ivete Willrich. **Novas formas de famílias e a guarda compartilhada**. Método. SP. 2014.

MALUF, Adriana. **Direito das Famílias. Amor e Bioética**. Saraiva. SP. 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**. Ed. 8ª. Método. SP, 2013.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. Saraiva. IBDFAM. SP, 2015.

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei>

<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/veja-a-integra-da-nova-lei-da-guarda-compartilhada/>

<http://infojus.jusbrasil.com.br/noticias/95981/nova-lei-de-guarda-compartilhada-ja-esta-valendo>

<http://www.conjur.com.br/2014-dez-25/amadureca-lei-guarda-compartilhada-causara-divergencias>

http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1__guarda_compartilhada,_uma_novidade_bem-vinda.pdf

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197211,21048A+falaciosa+determinacao+da+aplicacao+da+guarda+compartilhada>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656

<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>