

**CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA
PAULA SOUZA
ESCOLA TÉCNICA JORGE STREET
CLASSE DESCENTRALIZADA
ESCOLA ESTADUAL “MARIA TRUJILO TORLONI”
TÉCNICO EM SERVIÇOS JURÍDICOS**

**Gabriela Costa Barbosa
Jéssica Cristina Maia**

GUARDA COMPARTILHADA

**São Caetano do Sul / SP
2015**

**Gabriela Costa Barbosa
Jéssica Cristina Maia**

GUARDA COMPARTILHADA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Estadual de Educação Tecnologia “Paula Souza” – Etec “Jorge Street” como requisito parcial para a certificação do Curso Técnico em Serviços Jurídicos.

Professor Orientador: Waldir
Magalhães

**São Caetano do Sul
2015**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. PODER FAMILIAR	2
3. GUARDA COMPARTILHADA.....	7
3.1 CONCEITO	7
3.2 ORIGEM.....	10
4. ALIENAÇÃO PARENTAL	12
5. GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO	16
5.1 INGLATERRA	16
5.2 FRANÇA	17
5.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	18
6. GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL.....	19
7. CARACTERÍSTICAS DA GUARDA COMPARTILHADA	21
7.1 VANTAGENS.....	21
7.2 DESVANTAGENS.....	24
8. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO	27
8.1 ANTERIORMENTE (LEI 11.698/2008)	27
8.2 ATUALMENTE (LEI 13.058/2014)	29
9. MUDANÇAS COM A NOVA LEI	30
10. CONCLUSÃO.....	33
11. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....	34

AGRADECIMENTOS

Agradecemos a Deus em primeiro lugar por ter nos sustentado até aqui e nos fortalecido para não desistir. Agradecemos imensamente aos nossos familiares que sempre nos incentivaram e aos amigos que participaram direta e indiretamente durante toda nossa jornada.

DEDICATÓRIA

Dedicamos nosso trabalho ao nosso orientador Waldir Magalhães que com sua imensa sabedoria se dispôs a nos ensinar e nos conduzir durante todo percurso com sua dedicação, transmitindo seu conhecimento.

EPÍGRAFE

“Não posso pensar em nenhuma necessidade da infância tão forte como a necessidade da proteção de um pai.” (Sigmund Freud)

RESUMO: O artigo trata da guarda compartilhada e o novo sistema de compartilhamento. É examinando o que diz a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 com enfoque sob a nova Lei 13.058/2014 que rege sua aplicação em nosso ordenamento jurídico e como é aplicado no direito comparado. Discorrendo sobre as transformações psicológicas e sociais geradas às crianças e adolescentes, e, inclusive aos pais, em função da separação conjugal, são analisados os aspectos positivos e negativos decorrentes da guarda compartilhada, tais como as visitas e alienação parental que muitas vezes ocorre e as crianças se tornam vítimas de tal prática.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada. Nova Lei. Direito Comparado. Alienação Parental.

ABSTRACT: This article deals with the shared custody and the new sharing system. It is examining what does the Federal Constitution of 1988, the Statute of Children and Adolescents and the Civil Code of 2002 focusing on the new Law 13,058 / 2014 governing its application in our legal system and how it is applied in comparative law .Discussing the psychological and social transformations generated children and adolescents , and even parents , depending on marital separation , the positive and negative aspects are analyzed for the shared custody , such as visits and parental alienation that often occurs and children become victims of such practices .

KEYWORDS: Shared Guard. New Law. Comparative Law. Parental alienation.

INTRODUÇÃO

O trabalho científico apresentado discorre sobre a Guarda Compartilhada e a nova lei que rege seu surgimento e as mudanças no processo de guarda, litigiosa ou consensual.

O enfoque principal será nas mudanças que foram realizadas com a nova lei, e os métodos e objetivos de se estabelecer a guarda compartilhada que afeta a maioria dos casais que se separam e possuem filhos. Geralmente a separação, quando há filhos, causa litígio, pois nenhuma das partes abre mão de cuidar e conduzir a vida dos menores, querendo participar por igual em todos os aspectos, durante um processo de separação as crianças ficam “perdidas” em meio a nova situação em que se encontram, onde as relações familiares mudam a partir daquele momento.

Um dos temas abordado é a alienação parental que com a separação dos pais, muitas vezes e, além de complicar a relação entre os menores e os genitores, é crime.

Para desenvolvimento da pesquisa utilizar-se-á de doutrinas, internet, pesquisa de campo consistente na aplicação de questionário, com vistas à elaboração de dados estatísticos relacionados à opinião pública.

O objetivo principal do processo em que se envolve guarda, seja compartilhada ou unilateral, é o bem estar da criança que participa do mesmo, visando assim coloca-la na situação mais confortável. Portanto, os objetivos aqui estabelecidos girarão sempre em torno da criança, quando o juiz decidir pela guarda quais são os procedimentos tomados pela justiça e efetuados pelos pais para garantir a melhor situação para os menores.

1. PODER FAMILIAR

O poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, mas sim visando o princípio constitucional da paternidade responsável estabelecido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

(Constituição Federal 1988) “Artigo 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

§ 7º *Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. ”*

No antigo Código Civil de 1916 era utilizada a expressão “pátrio poder”, pois o poder era exercido apenas pelo pai e atualmente o poder familiar é um dever conjunto dos pais.

O poder familiar é irrenunciável e indelegável, os pais não podem renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem, pois o poder familiar é múnus público, em casos expressos em lei o genitor pode perder o poder familiar e não deve se confundir com tutela, uma vez que a tutela só é concedida caso os pais tenham sido suspensos ou destituídos do poder.

(Código Civil 2002) “Art. 1.630. *Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”*

O poder familiar se extingue quando o menor atinge a maioridade, ou seja, aos completar os 18 (dezoito) anos, mas pode ser extinto antes se houver emancipação em razão das causas indicadas no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil.

(Código Civil 2002) “Art. 5º *A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.*

Parágrafo único. *Cessar, para os menores, a incapacidade:*

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

No artigo 226, § 5 da Constituição Federal esta disposto que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher.

(Código Civil 2002) “Art. 226. *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.”

Assim como disposto no artigo 1631 do Código Civil que testifica ainda mais que a titularidade e exercício do poder familiar deve ser completo pelos cônjuges ou companheiros, porém quando falta algum ou há impedimento de cumprir-se o poder familiar, o outro a exerce com exclusividade.

(Código Civil 2002) “Art. 1.631. *Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.*

Parágrafo único. *Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”*

No caso de filhos concebidos fora do casamento, serão submetidos ao poder familiar quando forem reconhecidos legalmente, uma vez que o reconhecimento jurídico é o que estabelece parentesco. O paragrafo único do referido artigo cita que quando em divergência sobre as decisões a serem tomadas no poder familiar, o poder judicial resolverá o litígio.

Divórcio, separação judicial ou dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, ou seja, mesmo que o casal se separe ou nunca tenha coexistido o poder familiar deverá continuar sendo exercido por ambos os pais, pois o poder familiar diz respeito à relação pai/filho e só há perca ou suspensão em caso de determinação judicial ou morte de uma das partes de modo que quando há separação do casal os deveres do poder familiar continuam iguais, o que muda é

quem ficará com a guarda do menor para responder e representa-lo em seus atos civis.

E dessa maneira surge o sistema de guarda, ficando um genitor com o direito de guarda e o outro com o direito de visitas, e como regra sendo guarda compartilhada esse direito passa a inexistir.

Nos casos em que o filho não é reconhecido pelo pai, à lei cuida em seu artigo 1633 do Código Civil que dá o poder familiar exclusivamente à mãe.

(Código Civil 2002) “Art. 1.633. *O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.”*

O conteúdo do poder familiar é relatado no artigo 1634 do Código Civil:

(Código Civil 2002) “Art. 1.634. *Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:*

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

Como supracitado há hipóteses de extinção ou suspensão do poder familiar, são elas:

(Código Civil 2002) “Art. 1.635. *Extingue-se o poder familiar:*

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.”

A primeira razão citada é a morte dos pais ou do filho, pois assim desaparecem os titulares dos direitos. Os incisos II e III, que tratam sobre emancipação e maioridade, respectivamente, “fazem desaparecer” a razão do instituto que é a proteção do filho menor.

A adoção chega a ser uma causa de extinção e aquisição, pois extingue o poder familiar na pessoa do pai natural e transfere-o ao adotante.

O ultimo inciso trata das decisões judiciais, fundamentas no artigo 1638 também do Código Civil, que preceitua:

(Código Civil 2002) “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Não se pode dizer que a perda é definitiva, pois os pais podem recuperar o poder familiar provando, através de procedimento judicial, que a causa resultante a perda não mais exista. Se o casal tiver mais de um filho e perder o poder familiar de um isso pode se estender aos outros filhos, tendo em vista que as razões para perca são bastante graves, colocando em risco toda a prole.

A suspensão é tratada no artigo 1637 do Código Civil, trazendo as seguintes hipóteses:

(Código Civil 2002) “Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. *Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.*”

Sendo temporária, a suspensão perdura-se até quando se mostrar necessário. Quando é cessado o que a motivou, o pai e/ou mãe, impedidos temporariamente, voltam a exercer o poder familiar, pois a suspensão deixa intacto o direito, que pode ser suspenso num todo ou apenas parcialmente.

Diferentemente da perda, a suspensão é facultativa e pode referir-se unicamente a um determinado filho.

As causas de extinção ou suspensão demonstram a importância no cumprimento dos deveres direcionados aos pais no que diz respeito a criação dos filhos, que é um direito constitucional dos mesmos.

2. GUARDA COMPARTILHADA

2.1 CONCEITO

O mais importante quando se trata de Guarda é esclarecer que não se deve confundi-la com o poder familiar, pois a guarda pode ser unilateral, compartilhada, alternada ou outro tipo, mas o poder familiar não mudará em razão disso, o mesmo deverá ser exercido em conjunto por ambos os genitores, independente de sua vontade ou situação emocional. Como já citado, o poder familiar é exercido para benefício do menor e os pais devem fazê-lo.

A Guarda Compartilhada é do instituto do Direito de família que propõe o compartilhamento igual entre os pais separados, da convivência e de todas as responsabilidades relacionadas a vida do menor. Deste modo ambos se tornam guardiões do menor, em contraposição a Guarda Unilateral, que diz claramente que apenas um dos pais tem o papel de guardião e concede ao outro o direito de visitação.

No Brasil desde junho de 2008 a Lei 11.698/2008 instituiu a Guarda Compartilhada determinando explicitamente que a mesma deve ser a modalidade preferencial de guarda a ser aplicada pelo judiciário, inclusive como forma de prevenir a Alienação Parental (AP).

Fundamentadamente, na Lei 11.698/08 em seu artigo 1583 §1º, encontra-se o conceito de guarda compartilhada como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sobre o mesmo teto.

(Lei 11.698/2008) “Art 1583

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

A guarda compartilhada É nada mais que, quando os pais são separados, divorciados ou com dissolução de união estável, ambos os pais detêm a guarda jurídica dos filhos, sendo que a guarda física pode ou não ser alternada. Nesta modalidade, os pais tomam em conjunto as decisões referentes aos filhos, (como qual escola estudar, atividades complementares, etc.) o que dá continuidade à

relação de afeto edificada entre pais e filhos e evita disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.

Sendo assim, quando os pais se separam (ou nunca viveram juntos) e não há acordo entre eles o juiz vai decidir prioritariamente que a guarda do filho seja compartilhada. A exceção vale se um dos genitores abrir mão da guarda do filho ou em caso de o juiz avaliar que um dos pais não esteja apto para cuidar da criança, assim como diz o artigo 1583, § 2º do código civil.

(Código Civil 2002) “Art 1583

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”

Conceituar guarda, de maneira que se mostre suficientemente abrangente, que abrace todas as características relativas ao instituto, é difícil, mas nas palavras de Waldyr Grisard Filho¹, a guarda não se definiria por si mesma, senão através dos elementos que a assegurariam, reconhecendo ser tarefa difícil conceituar tal instituto dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja.

O conceito de guarda para José Antônio de Paula Santos Neto² e , Rubens Limongi França, “Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação”.

Para Maria Helena Diniz³ “é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato”, já Vicente Sabino Júnior a entende como “ um dever dos pais e um direito dos filhos”.

Waldyr Grisard Filho⁴ continua seu entendimento afirmando que a guarda é “o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor”.

¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. p. 49

² SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. p. 138-139.

³ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p.503.

⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *op. cit.* p.94.

Diante destes conceitos, pode-se conceituar este instituto como sendo um conjunto de normas e princípios que estabelecem direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, com o fim de zelar pelo seu bem estar e pelos seus interesses, enquanto menores.

Segundo advogados, a nova regra não exigira que a criança passe a metade exata do tempo com o pai e a outra metade com a mãe. Em casos de crianças menores de dois anos, por exemplo, a tendência é que ela passe mais tempo com a mãe do que com o pai, a ideia é que não haja mais aquela figura do pai/mãe que só busca o filho para passear em alguns fins de semana.

A advogada Karin Lowenthal diz que a lei não obriga que a criança reveze a moradia metade em cada casa, pois haverá crianças que ira precisar mais dos cuidados da mãe, como por exemplo, as crianças que ainda são amamentadas pela mãe, diz também que, cada caso será analisado para que seja encontrada a melhor solução. Em algumas famílias, a criança terá mais de uma casa, em outras, não. A ideia básica da guarda compartilhada é que a criança tenha um convívio equilibrado com seus genitores.

Muitas pessoas confundem a guarda compartilhada com a guarda alternada, sendo que, a compartilhada os pais tomam em conjunto as decisões relacionadas ao filho, não é necessário que a criança more com os dois genitores, ela poderá continuar morando apenas com um dos dois. Já na guarda alternada há a alternância de residências, o criança então, teria duas casas, permanecendo uma semana com cada um dos pais.

Este tipo de guarda é uma criação doutrinaria e jurisprudencial, não há previsão desse instituto no código civil, que prevê apenas a guarda unilateral ou a guarda compartilhada.

2.2 ORIGEM

No século XIX, a guarda dos filhos e o Pátrio Poder eram inteiramente exclusivos ao pai, pois a mãe era tida como incapaz no exercício da vida civil e dessa forma não tinha o poder legal de dividir as responsabilidades relativas a deveres do vínculo matrimonial.

Com as mudanças ocorridas na sociedade no século XX, principalmente ao que dizia respeito aos papéis parentais a mulher torna-se capaz para exercer as atividades da vida civil e conseqüentemente passa a ser mais apta a guarda dos filhos, em casos de separação, por possuir mais sensibilidade referente aos filhos e aos seus cuidados e com isso o pai ficou com a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mãe cuidava do lar.

Com a mulher sendo inserida no mercado de trabalho era preciso mudanças quanto a estrutura familiar e a divisão de tarefas referentes a educação dos filhos, com essa mudança houve uma busca de novas teorias sobre a guarda que sempre buscavam um exercício equilibrado entre os pais, em que a maior busca era que ambos os pais tivessem um contato com seus filhos igual ao que antes do rompimento.

Nem sempre o poder da guarda com a mãe representa o melhor para a criança, podendo não tender todos os interesses inerentes a ela e com o observar dessa realidade houveram discussões psicológicas, sociológicas e jurídicas que teorizavam a guarda compartilhada, fazendo assim o que muitos países já vinham fazendo que era uma tentativa de manter os laços parentais mais fortes, mesmo com a separação dos cônjuges, e com isso trouxe a oportunidade do pai reassumir algumas funções frente ao lar e a educação dos filhos, desejando ter um melhor relacionamento com os mesmos sem precisar deixar a mãe de lado, mas sim ambos tomando decisões e tendo responsabilidades.

A guarda compartilhada tem sua origem na Inglaterra e na década de sessenta ocorreu sua primeira decisão e a ideia estendeu-se a França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias e assim espalhando-se por toda América do Norte ganhando a absorção no Direito Americano que a desenvolveu em grande escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é discutida e muito debatida devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados dos filhos, foi criado um comitê

que desenvolve pesquisas sobre a guarda de menores, *Child Custody Committee*, tendo uma grande divulgação no país, pois é um dos modelos que mais crescem.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. A nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

Muitos desconhecem, mas quando há dissolução de um casamento ou união estável em que os pais estejam em litígio é muito comum o menor ser vítima de alienação parental.

Em geral, a Alienação Parental é promovida pelo cônjuge que se sente prejudicado, magoado e ferido pelas atitudes do ex-parceiro e a incapacidade de suportar essa frustração faz nascer um sentimento de vingança e isso pode levar a prática da alienação parental e, não importa o quanto isso sacrifique os filhos, o desejo de destruir o outro acaba falando mais forte e, geralmente, esses sentimentos já existem mesmo antes da separação, por meio de agressões emocionais, desconsiderações e indiferenças um com o outro, tudo independentemente da presença ou não dos filhos.

Num processo litigioso é como se valesse tudo para aborrecer o (a) ex-parceiro (a). Neste cenário, a criança passa a ser o elo mais fraco e a arma que serve para atingir o outro.

Neste campo surge a Síndrome de Alienação Parental, cenário no qual um progenitor usa das mais terríveis estratégias para evitar que a criança tenha contato com o outro e principalmente tenha um feto positivo por ele. Tudo pode começar pelo ato de isolar a criança do meio em que a envolve e a primeira forma é redução de comunicação, em que o progenitor passa a controlar as chamadas telefônicas, mensagens e qualquer meio de contato que possa existir com o outro. Outra forma de isolamento é a diminuição de contato físico, restringindo atividades extracurriculares, como festas, passeios, etc. O ato considerado o mais grave é a carga emocional e psicológica colocada sobre a vítima com palavras que trazem peso sobre os pensamentos que a criança tem a respeito do outro progenitor, como por exemplo, interceptar presentes e mensagens de natal ou aniversário, isso faz com que haja pensamentos de que o progenitor não se interessa mais por datas tão simbólicas como tais.

As situações provocadas pela “Síndrome da Alienação Parental” causam uma lavagem cerebral, em que é dito a criança que a única pessoa que gosta dela é o alienador, desse modo é criada uma fidelidade e um amor incondicionais, o que

acaba excluindo por completo todos os laços afetivos com o outro progenitor, pois com ele é gerado a desconfiança e a magoa.

Os filhos passam a ter medo da convivência com o outro progenitor, pois o alienador da a entender que qualquer forma de contato seria uma traição e isso causa certa dependência ao alienador, pois ele passa a controlar os sentimentos da vítima e cada dia mais coloca-lo contra o (a) ex-parceiro (a).

A Guarda Compartilhada é um modo de evitar que isso aconteça, pois ambos os genitores terão convivência com o menor e caso um deles tente cometer o crime contra a criança, o outro poderá se defender mostrando que se importa e que sempre estará presente em sua vida.

Devido aos prejuízos provocados aos filhos e ao mal que faz ao outro cônjuge, a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010 tornou crime a alienação parental e uma das punições pode ser a reversão de guarda, caso seja provada a alienação. O crime geralmente é cometido entre quatro paredes, portanto os familiares mais próximos ao menor devem prestar atenção nele e em suas atitudes após a separação e até mesmo durante o processo.

Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. *São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:*

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º *A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.*

Art. 8º *A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.”*

4. GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

A guarda compartilhada já é utilizada há bastante tempo no direito alienígena, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. A Seguir veremos três países que tem em sua legislação a Guarda Compartilhada.

4.1 INGLATERRA

Como supracitado, a guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, aonde se predominava o sistema *commom law* no qual o pai era proprietário se seus filhos, cabendo-lhe, necessariamente, a atribuição de guarda em caso de conflito.

Com a Revolução Industrial, que levou homens do campo para as fábricas, conseqüentemente houve mudanças no âmbito familiar, ficando assim, a mulher encarregada da criação e educação dos filhos, passando a atribuir a guarda a mãe.

Os Tribunais entenderam que, se era injusto a atribuição da guarda única para o pai, também seria injusto se atribuir a guarda somente a mãe. Assim para diminuir os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os tribunais começaram a expedir uma ordem de exercício desse direito entre ambos os genitores, aplicando assim, a guarda compartilhada.

Dessa maneira, as decisões dos tribunais ingleses passaram a beneficiar sempre o interesse do menor e a igualdade parental, abolindo definitivamente a expressão direito de visita, possibilitando assim maior contato entre pai/mãe e filho.

4.2 FRANÇA

No direito francês, a guarda compartilhada foi implementada a partir de 1976, com o objetivo de diminuir as injustiças que a Guarda Unilateral provocava.

A jurisprudência francesa mostrou-se favorável à nova modalidade de guarda, o que resultou na Lei 87.570, de 22 de julho de 1987, denominada lei Malhuret, que modificou o Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental.

Com a inovação da lei Malhuret, após o juiz ouvir os menores ele deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substitui o termo guarda) de acordo com os interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o Juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

(Código Civil Frances) **“Artigo 287** (Lei n ° 87-570 de 22 de julho de 1987 Art. 5 Jornal Oficial de 24 de julho de 1987)

A autoridade parental é exercida conjuntamente por ambos os pais. O juiz deve, na ausência de acordo ou se o acordo parecer contrário aos interesses da criança, o pai com quem as crianças têm a sua residência habitual.

Se os interesses da criança o exigirem, o tribunal pode confiar o exercício da autoridade parental a um dos seus dois pais.”

“Artigo 373-2 (Lei n ° 87-570 de 22 de julho de 1987 Art. 15 Jornal Oficial de 24 de julho de 1987)

A separação dos pais não tem efeito sobre as regras de atribuição do exercício da autoridade parental.

Tanto o pai quanto a mãe deve manter relações pessoais com a criança e respeitar as obrigações do presente com o outro progenitor.

Qualquer mudança de residência de um dos pais, na medida em que as modalidades de exercício da mudança

o poder paternal deve ser comunicada em devido tempo para o outro progenitor. Em caso de desacordo, o pai

mais diligente pode pedir a família faz com que o juiz tomar uma decisão no melhor interesse da criança.

O Juiz alocar os custos de viagem e ajustar em conformidade o montante da contribuição para manutenção e educação da criança.”

Assim de acordo com o direito francês, se o casal se separa o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos. Sobre esse tema, a nova lei confirma a jurisprudência, fazendo da guarda compartilhada um princípio, já que o exercício comum vem referido no texto precedente ao exercício isolado.

4.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A guarda compartilhada nos Estados Unidos surge com o fim da presunção maternal na atribuição da guarda, a igualdade entre homens e mulheres e a busca do melhor interesse da criança. No início da década de 1970, pequenos grupos de pais, que desejavam continuar a relação com o filho após o divórcio, iniciaram um movimento a favor da guarda compartilhada.

Segundo a autora Ana Carolina Silveira Akel no direito Americano as cortes vêm decidindo pela fixação da custódia parcial a ambos os pais, modelo denominado “*joint custody*”, isto é, a guarda compartilhada, que poderá ser exercida, pelo menos, por uma das três formas: guarda física (a criança passa uma parte do tempo com cada um dos pais), guarda legal (os pais dividem quem toma decisões relacionadas à educação, médicos, religião e demais questões que envolvem as crianças), e a guarda física e legal juntas..

5. GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

Antes da Lei 11.698/2008 não havia apoio legal para guarda compartilhada, mas isso não impedia que os juízes pudessem aplicá-la distinguindo os casos em que seria melhor para criança e baseando-se em leis já existentes que davam ideia de que era possível sua aplicação como, por exemplo, a Constituição Federal em seu artigo 5º, onde todos são iguais perante a lei, e no artigo 226 § 5º, dizendo que homem e mulher exercem igualmente os deveres na sociedade conjugal.

Da mesma maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe aos pais o dever da guarda.

(ECA) “Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

O Código civil em seu artigo 1586 abre margem para que o juiz determinasse a guarda da melhor maneira que coubesse ao caso:

(Código Civil) “Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.”

Apesar do Código Civil não prever expressamente a compartilhada, havia indícios de que o magistrado poderia definir a guarda como achasse melhor e os artigos 1579 e 1632 são outros exemplos disso.

Portanto, em consequência da abertura que havia no ordenamento jurídico e pela necessidade social da guarda compartilhada houve sua instituição pela lei 11.698/2008.

Incluir a guarda compartilhada no Código Civil foi um enorme passo, pois esta em sua essência o bem estar do menor que merece mais atenção e maior proteção jurídica. Os pais passam a dividir as responsabilidades em relação aos filhos, evitando o que acontece na guarda unilateral em que apenas um genitor fica com as responsabilidades e o outro apenas com a obrigação do pagamento de pensão e visitas periódicas e por isso não havia acompanhamento do desenvolvimento da criança.

Pelas grandes mudanças que ocorrem em nossa sociedade também é necessário que haja evolução nas leis e não foi diferente nesse caso. No final de

2014 foi sancionada a nova Lei que trata da Guarda Compartilhada e que abrange maiores tópicos dentro do assunto e até mesmo tornando-a a primeira opção do juiz durante o processo de definição de guarda. Nota-se que sua aplicação não se tornou obrigatória, mas sim que o juiz sempre deve olhar atentamente e visando o melhor para o menor deve tentar aplicar e esclarecer aos pais o que significa ter guarda do(s) filho(s) compartilhada.

O instituto da Guarda Compartilhada veio com a finalidade de estabelecer direitos e deveres iguais entre homem e mulher em relação à criação dos filhos e passou a beneficiar os menores que podem sofrer menos com as diferenças que ocorrem na relação familiar.

6. CARACTERÍSTICAS DA GUARDA COMPARTILHADA

Como tudo, a Guarda Compartilhada tem pontos positivos e negativos para ambas as partes e a seguir estão citados alguns desses pontos.

6.1 VANTAGENS

A guarda compartilhada surgiu com grandes vantagens, e a maior delas é o convívio igualitário com ambos os genitores, evitando assim, que o menor fique sem contato com o genitor que não detém a guarda.

Quando falamos em família, principalmente quando relacionada à guarda dos filhos provenientes de uma separação conjugal, tudo gira em torno do melhor interesse das crianças. Dificilmente se pensa no bem estar dos pais e a Guarda Compartilhada traz benefícios aos dois lado, não deixando de visar em primeiro lugar o melhor para a criança.

Em relação aos pais a guarda proporciona a tomada de decisões da vida do menor em conjunto, compartilhando as responsabilidades da vida da criança sem pesar para um lado só, ajuda a minimizar o sentimento de culpa e a frustração em pensar que não estão cuidando direito dos filhos.

A guarda procura evitar a ruptura dos laços afetivos entre os pais e os filhos. Ela possibilita a participação de ambos os genitores em relação a vida dos menores, possibilitando que tanto o pai quanto a mãe tomem juntos as decisões referentes a criação e a educação dos mesmos.

A guarda compartilhada possibilita que a vida dos filhos não sofra alterações bruscas, e que eles não tenham a obrigação de decidir com qual genitor ficar. Com isso a criança entende que ambo têm a mesma importância em sua vida. A guarda valoriza exatamente isso, o convívio do filho com seu pai e sua mãe apesar do termino conjugal.

VANTAGENS PARA OS PAIS:

- *Proporciona uma percepção mais realista das necessidades dos filhos;*

Com maior convivência os pais conseguem suprir as necessidades dos filhos em todos os aspectos, emocional, física, material, etc.

- Favorece a qualidade da relação entre pais e filhos:

A relação entre pais e filhos torna-se mais forte e os genitores têm o privilegio de fortalecer ainda mais a relação entre eles juntos e a qualidade ficará maior se os pais conseguirem não misturar os assuntos da ex-união com a realidade que estão vivendo para evitar possíveis desentendimentos enquanto estiverem com os filhos.

- Favorece a divisão das responsabilidades parentais:

Ambos os genitores precisam ter obrigações com os filhos e devem cuidar da educação, saúde, etc.

- Proporciona maior segurança para os pais:

Os genitores sabem que pode participar da vida dos filhos sem nenhuma barreira.

- Favorece a tomada de decisão comum e reduz os recursos aos tribunais:

Com a guarda compartilhada os genitores tomam decisões em conjunto, não precisando assim ir as tribunais para que o juiz decida.

VANTAGENS PARA OS FILHOS:

- Propicia acesso a ambos os pais:

A criança pode ter convivência com os dois genitores sem precisar abrir mão de ter um pai ou uma mãe por perto.

- Reduz o sentimento de perda ou de abandono:

A criança não se sentirá sozinha e nem terá a sensação de que um dos genitores a abandonou.

- Diminui a pressão sobre a criança que não terá que escolher entre um e outro:

A criança pode conviver com os dois, sem precisar fazer escolhas.

- Será mais fácil falar “tchau” para o pai ou a mãe:

O menor saberá que não há perigo de passar longos dias sem ver um dos dois.

Garante a manutenção de relações e ligações com as duas famílias e os avós paternos e maternos.

A criança terá convivência com ambas às famílias.

- Expõe aos filhos a especificidade de cada um dos pais:

O filho começa entender que ambos os genitores tem participação efetiva em sua vida.

- Garante a permanência dos cuidados parentais:

O cuidado de mãe e pai permanece “intacto”, não precisando o menor ter apenas o cuidado materno ou paterno.

- Inibe a Alienação Parental.

Conforme já citado, a alienação parental é algo que acontece com algumas famílias, quando há separação dos pais, e a Guarda Compartilhada é uma forma de que isso não venha acontecer, pois ambos os genitores estarão presentes na vida do menor e isso diminui o espaço para que um dos genitores cometa o crime.

Percebe-se que todos saem beneficiados com este novo método de guarda. O vínculo entre pais e filhos continua o mesmo de quando residiam na mesma casa, não existe o direito de visitas com horários determinados do juiz, os pais podem conviver diariamente com os filhos.

Outra vantagem observada é que a guarda compartilhada não sobrecarrega apenas um dos genitores como acontece na guarda monoparental, única, exclusiva, modalidade na qual o cônjuge não guardião vai se distanciando cada vez mais da vida do(s) filho(s)

O(s) filho(s) passam a conviver num ambiente harmonioso, não fazendo o papel de “pombo correio”, como geralmente acontece na guarda monoparental, única, exclusiva. Não há rancores entre os ex-cônjuges, e sim diálogo e cooperação, para privilegiar os interesses do(s) filho(s), ao mesmo tempo prevalecendo a igualdade entre homem e mulher de estarem exercendo ativamente seu papel de pai e mãe.

6.2 DESVANTAGENS

Um das desvantagens da guarda compartilhada é que esse tipo de sistema só irá funcionar perfeitamente se existir harmonia entre os pais, pois eles terão que conviver diariamente um com o outro decidindo assuntos relacionados ao(s) filho(s).

Outra dificuldade é a inexistência de dias e horários programados para as visitas, porque nesse tipo de guarda os pais podem visitar seu(s) filho(s) no momento em que quiserem, também tem o fato de um dos pais passar a morar em cidade diferente após o término do relacionamento, dificultando assim o sistema de guarda compartilhada.

Ao compartilharem a guarda, pai e mãe devem ter contato diário com a criança e participar igualmente do seu cotidiano. Além das desvantagens já citadas, há outros pontos que podem dificultar tanto para os pais, quanto para os filhos:

DESVANTAGENS AOS PAIS:

- *Implica em contatos frequente entre os ex cônjuges;*

O casamento pode ter acabado de um modo traumático para um dos cônjuges, sendo assim, a opção de guarda compartilhada só trará mais infelicidade para um dos pais, pois terá que conviver com o ex-parceiro.

- *Implica problemas práticos e despesas adicionais;*

Fora as despesas com suas novas realidades os cônjuges também terão gastos com o menor.

- *Problemas de horários e organização de vida;*

Não existem datas e horários específicos para que cada pai passe tempo com seu filho, nesse caso a harmonia e comunicação entre os genitores é de grande valia.

- *Demanda muita energia e esforços para as constantes adaptações.*

A adaptação com a nova realidade vai levar um tempo e os pais terão que dividir seu tempo de trabalho, lazer, descanso e responsabilidades para se dedicarem ao filho.

DESVANTAGENS AOS FILHOS

- Acarreta mudanças de estilos de vida, que podem tornar-se motivos de conflitos entre os pais;

Por conta da separação é inevitável que a vida da família mude e com isso afeta a criança que tem seus costumes mudados e que por conta da situação pode gerar conflito caso um genitor não aceite à mudança imposta pelo outro.

- Ocasiona problemas de adaptação nos dois lares e a estilos de vidas diferentes;

As regras, os costumes, o ambiente de cada lar é diferente do outro, isso poderá confundir a criança.

- Traz esperança de reconciliação por parte dos filhos em relação a seus pais;

A criança pode achar que, como os pais estão tendo uma boa convivência, eles possam voltar a ficar juntos.

Dentre as desvantagens apresentadas, a mais polêmica está relacionada com a constante alternância de casa, que o(s) filho(s) virão a fazer, muitas vezes levando os a acreditar numa possível reconciliação dos pais, uma vez que estes continuam a ter um relacionamento civilizado baseado no diálogo, e na harmonia em benefício do(s) filho(s).

Para os pais requer mais gastos, vão precisar ter flexibilidade no emprego, morar na mesma cidade, manter contato direto com o outro cônjuge, o que muitas vezes/ não é nada fácil, trazendo com eles as magoas do relacionamento fracassado.

Tanto as vantagens como as desvantagens não são fatores determinantes, nem podem ser levados como regras, por exemplo acreditar que é impossível que os pais separados tenham uma relação harmoniosa.

Não existe um manual de família dizendo qual o melhor modelo de responsabilidade parental a ser seguido e quais os passos para que este modelo funcione com sucesso e não fracasse.

Em se tratando de relacionamentos familiares, nada pode ser determinado. Cada caso precisa ser trabalhado e analisado singularmente, para depois ser repassado à coletividade como mais uma experiência que deu certo ou fracassou, mas jamais impor o exemplo como regra para os outros casais.

7. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

7.1 ANTERIORMENTE (LEI 11.698/2008)

Como supracitado, antes que a lei 11.698/2008 fosse promulgada não havia algo em nosso ordenamento jurídico que regesse especificamente a Guarda Compartilhada, porém não havia algo dizendo que sua aplicação era proibida ou improvável, muito pelo contrário, nosso ordenamento jurídico traziam leis que davam margens à sua aplicação e deixava que o entendimento do magistrado, unindo-se a lei, fizesse o melhor para o menor.

Quando há dissolução de um casamento ou união estável, os filhos sempre ficam no meio do ex-casal que, apesar das magoas e de todo sofrimento causado pelo fim do relacionamento, devem sempre pensar no bem estar do menor e visando a lei foi instituída para que a guarda compartilhada fosse o melhor para o menor e não para os pais, pois as crianças devem ter um lar afetivo, mesmo que seja em casas separadas, e ter os dois genitores regando e cuidando de sua vida, como antes, é muito melhor.

Com a lei 11.698/2008 a aplicação da Guarda Compartilhada tornava-se mais clara e aceita, pois um de seus ideais era dar continuidade nas relações parentais.

Sua aplicação seria feita quando não houvesse consenso entre os pais ou quando o juiz entendesse ser necessário observando as necessidades específicas da criança.

A lei alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, passando a vigorar assim.

(Código Civil – alterado pela Lei nº 11698/2008) “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4o (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. ” (NR)”

7.2 ATUALMENTE (LEI 13.058/2014)

A aplicação da guarda compartilhada corresponde à evolução das constituições familiares, porquanto cada vez mais a mulher assume papéis outros que não sejam apenas a maternidade, como a responsabilidade pelo suprimento material das despesas do lar desfeito, ingressando no mercado de trabalho.

Além disso, o compartilhamento das obrigações e direitos com relação aos cuidados diretos com os filhos menores reflete uma posição mais participativa dos pais, que desejam dividir as tarefas da rotina diária da criança, assumindo uma posição relevante e de igual destaque na vida da prole.

A guarda é aplicada hoje principalmente para evitar Alienação Parental, para que os pais também possam conviver mais com seus filhos, podendo participar mais de suas vidas e estando por dentro de qualquer coisa que relacione a vida do filho.

Atualmente, a definição pela guarda compartilhada depende da demonstração efetiva de que ambos os pais são realmente aptos para contribuir com a criação dos filhos comuns. Para tanto, o julgador deverá se socorrer de toda a sorte de provas que possam evidenciar qual a melhor escolha para os menores em disputa.

De todo modo, é muito importante que os pais compreendam as particularidades envolvidas nesse tipo de obrigação, para que a criação dos filhos continue sendo feita da melhor forma e que o fato deles estarem em guarda compartilhada seja bem sucedido. Essa percepção contribui para que a inovação introduzida pela Lei n. 13.058/2014 torne privilegiada a escolha do magistrado pela guarda conjunta, sem, todavia, tornar impositiva a medida.

Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejarem a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

8. MUDANÇAS COM A NOVA LEI

A prioridade para a guarda compartilhada dos filhos de pais separados virou lei. A presidente Dilma Rousseff sancionou, sem vetos, dia 23 de dezembro de 2014.

Pela proposta se não houver acordo entre os pais em relação a guarda do menor, o juiz deve determinar prioritariamente que a guarda seja compartilhada. A exceção em casos que o pai ou mãe declarem que não deseja a guarda do filho.

Com a modificação o Código Civil passa a afirmar que a guarda compartilhada deve ser adotada, com o “tempo de custódia física dos filhos dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai”.

Com a alteração, sai do Código a expressão “ sempre que possível” para a aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais.

O novo texto afirma que, nesses casos, “será aplicada a guarda compartilhada”, desde que ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar.

Pela nova lei, a guarda compartilhada deve ser exercida na cidade considerada “base de moradia” dos filhos ou naquela que “ melhor atender aos interesses” da criança.

Em situações de guarda unilateral, em que a criança vive somente com um dos genitores, o projeto permite que a outra parte possa supervisioná-la para “garantir os interesses dos filhos”, com autorização para que qualquer genitor solicite informações, prestação de contas, “em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física, psicológica e a educação de seus filhos”.

Fica obrigatório ainda que qualquer estabelecimento público ou privado preste informações para os genitores sobre os filhos. Se a regra não for cumprida, o local fica sujeito à multa que varia de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 por dia em que a solicitação não for atendida.

Segundo especialistas, os pais com guarda compartilhada terão de escolher juntos, por exemplo, a escola, o plano de saúde e até assuntos mais corriqueiros, como se a criança pode ou não ir a uma excursão escolar. Não há também a interpretação de que a lei não obriga que a criança reveze a moradia metade em cada casa.

Com a mudança são alterados os artigos, 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

“Lei 13.058/14

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583.....

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

.....

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” (NR)

“Art. 1.584

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

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

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

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

“Art. 1.585 Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR)

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

9. CONCLUSÃO

A Guarda Compartilhada é um modo de deixar a criança mais perto de ambos os genitores para que ela não seja privada da convivência da família que tinha antes da ruptura acontecer.

Deve ser levada em conta a necessidade da criança visando sempre em primeiro lugar o seu bem estar, pois são as maiores vítimas quando acontece uma separação e certamente se sentem perdidas.

Quando um casamento se dissolve, principalmente em litígio, é comum que os pais tentem se adaptar a nova realidade e muitas vezes esquecem que os filhos precisam de uma maior atenção e se tornam, ao mesmo tempo, o elo mais frágil da relação, por ver sua família se dissolver, e o elo mais forte, que acaba sendo o único motivo que os ex-parceiros deverão se relacionar, porém quando há magoas numa relação os genitores passam a querer disputar a guarda e os menores ficam entre uma batalha.

Mesmo com a promulgação da lei 11.698/2008 os juízes aplicavam a maioria das guardas unilaterais e sempre com a mãe, por considerarem que o vínculo materno era mais forte que o paterno, mas nem por isso era o melhor para os filhos, tendo em vista que devem ser analisadas as condições que o genitor poderá criar o menor. Diante dessa realidade a promulgação da lei 13.058/2014 veio para tornar a guarda compartilhada a primeira opção do magistrado na aplicação do processo, não tornando obrigatório, pois há casos em que um dos genitores abre mão da guarda.

A guarda compartilhada é quando os pais têm responsabilidades conjuntas quanto a seus filhos e não há necessidade da alternância de casas, o filho pode ter moradia fixa com um dos genitores, mas pode transitar entre os dois lares quando quiser, ainda é estabelecido que os pais devem decidir juntos sobre situações corriqueiras.

Como supracitado, o maior objetivo de se estabelecer guarda compartilhada é o bem estar do menor e mesmo com suas desvantagens, ao menos deve ser tentado estabelece-la e isso pode gerar até mesmo uma relação mais afetuosa entre os parceiros que tentaram manter a maior qualidade possível para não atingirem os filhos de forma negativa.

10. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

<http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>

<http://www.gontijo-familia.adv.br/guarda-dos-filhos-%E2%80%93-alternada-compartilhada-ou-unilateral/>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>

<http://monografias.brasilecola.com/direito/guarda-compartilhada-no-ordenamento-jurldico.html>

<http://jus.com.br/artigos/4352/consideracoes-sobre-a-guarda-compartilhada#ixzz3c1kgbjmM>

<http://jus.com.br/artigos/4352/consideracoes-sobre-a-guarda-compartilhada>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4895/Guarda-compartilhada-luzes-e-sombras>

<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/472-o-que-e-guarda-compartilhada->

http://pt.wikipedia.org/wiki/Guarda_compartilhada

<http://www.significados.com.br/guarda-compartilhada/>

http://juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10734

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1565810-nova-lei-da-guarda->

[compartilhada-obrigara-pais-a-dividirem-decisoes.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1565810-nova-lei-da-guarda-compartilhada-obrigara-pais-a-dividirem-decisoes.shtml)

<http://www.apase.org.br/81010-plausibilidade.htm>

http://www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html

<https://pt.scribd.com/doc/23275261/22/No-direito-frances>

<https://translate.google.com.br>

[http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=1182&id_titulo=14051
&pagina=4](http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=1182&id_titulo=14051&pagina=4)

<http://www.jornalagora.com.br/site/content/noticias/detalhe.php?e=5&n=48049>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm

[http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/perguntas-e-respostas-sobre-
novas-](http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/perguntas-e-respostas-sobre-novas-)

[regras-para-guarda-compartilhada.html](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1565810-nova-lei-da-guarda-compartilhada-obrigara-pais-a-dividirem-decisoes.shtml)

<http://emporiododireito.com.br/decisao-salomonica-a-aplicacao-da-guarda->

[compartilhada-a-filhos-de-pais-em-conflito-e-os-possiveis-prejuizos-as-4](http://emporiododireito.com.br/decisao-salomonica-a-aplicacao-da-guarda-compartilhada-a-filhos-de-pais-em-conflito-e-os-possiveis-prejuizos-as-4)

[primeiras-infancias-por-naiara-czarnobai-augusto/](http://emporiododireito.com.br/decisao-salomonica-a-aplicacao-da-guarda-compartilhada-a-filhos-de-pais-em-conflito-e-os-possiveis-prejuizos-as-4-primeiras-infancias-por-naiara-czarnobai-augusto/)

GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda compartilhada**: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru, SP: EDIPRO, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de família. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.