



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

KEROLEM MOREIRA COSTA

A GUARDA COMPARTILHADA

**Assis/SP
2017**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

KEROLEM MOREIRA COSTA

A GUARDA COMPARTILHADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito, ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de - Assis – FEMA.

Orientando(a): Kerolem Moreira Costa.

Orientador(a): Prof. Ms. Fernando Antônio Soares De Sá Junior.

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

C837g COSTA, Kerolem Moreira
A guarda compartilhada / Kerolem Moreira Costa. – Assis,2017.

45p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

1.Guarda compartilhada 2.Filhos-guarda

CDD 342.1642

A GUARDA COMPARTILHADA

KEROLEM MOREIRA COSTA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Prof. Ms. Fernando Antônio Soares De Sá Junior

Examinador:

Prof. Ms. Leonardo de Gênova

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo agradeço a Deus por ter me capacitado até o momento, foram anos de estudos e muitas coisas aconteceram neste caminho, pensei em desistir, mas Deus me fez persistir para chegar até aqui, a minha família a qual me motiva todos os dias e me ensina com amor e carinho a vencer cada desafio que a vida me proporciona, agradeço a todos os professores que sempre estiveram dispostos a ajudar, e em especial ao meu querido professor e orientador, pelo apoio prestado o qual tenho tamanha admiração, ficando aqui a minha gratidão. Não poderia me esquecer de agradecer a alguém muito especial Vitor, por toda compreensão que teve comigo em todos esses anos, você foi o melhor presente que tão gentilmente a vida me deu.

RESUMO

O instituto da Guarda Compartilhada a qual é considerada aplicável e cabível em nosso direito, visa esclarecer os direitos e deveres de seus genitores como auxílio de igualdade na educação, convívio e participação no desenvolvimento de seus filhos. Tratar-se aos interesses do menor, consistindo nos elementos da convivência e da responsabilidade de ambas as partes, podemos notar o crescimento do rompimento de relações conjugais, o que tornou ainda mais necessário à busca de um novo modelo de guarda, que cuidasse não somente do interesse de um de seus genitores, mas também dos interesses de seus filhos em relação ao seu desenvolvimento. É um tema atual e de grande relevância social, pois os demais modelos atuais de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apenas beneficiam um dos genitores em desvantagem do outro. Neste contexto, o instituto da guarda compartilhada assume grande importância, a qual vem para auxiliar as carências que outros modelos de guarda possuem.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, filhos, desvantagens, importância.

ABSTRACT

The Shared Guard institute, which is considered applicable and applicable in our law, aims to clarify the rights and duties of their parents as an aid to equality in education, community and participation in the development of their children. To deal with the interests of the minor, consisting of elements of coexistence and responsibility of both parties, we can note the growth of the breakup of marital relations, which made it even more necessary to search for a new model of guard, the interest of one of their parents, but also the interests of their children in relation to their development. It is a current topic and of great social relevance, since the other current models of guard existing in the Brazilian legal system, only benefit one of the parents in disadvantage of the other. In this context, the institute of shared custody takes on great importance, which comes to help the needs that other guard models have.

Keywords: Shared custody; children; disadvantages; importance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PODER FAMILIAR	10
1.1 BASE NORMOGENÉTICA DA MUDANÇA DE PADRÃO – <i>PÁTRIO PODER – FAMILIAR PODER</i>	10
1.2 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR	13
1.3 PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR	14
2. INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	15
2.1 ORIGEM.....	15
2.2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUAS INFLUENCIAS NO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.	17
2.3 GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL.....	23
3. A GUARDA COMPARTILHADA.....	25
3.1 A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI N 11.698/2008 25	
3.2 A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI 13.058/2014	30
3.3 EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA.	31
3.4 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 1.634 DO CÓDIGO CIVIL.	33
3.5 DAS OBRIGAÇÕES PARENTAIS E O SEU CUMPRIMENTO.	34
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

Com o advento da Nova lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o instituto da guarda compartilhada sofreu importantes alterações nos artigos relacionados ao tema, presentes no Código Civil Brasileiro de 2002, e com tais alterações fez-se necessário um novo estudo sobre o instituto da guarda, o Poder Familiar atinente à questão e como as demais características pertencentes ao assunto.

No primeiro capítulo será destinado ao Poder Familiar, serão abordadas às características do poder familiar, as obrigações e responsabilidades, bem como a extinção, suspensão e perda do direito familiar.

No segundo capítulo iremos nos aprofundar na modalidade de guarda compartilhada, destacando a origem do instituto, conceituação e evolução do tema atrelado, a mudança legislativa e a evolução da família tradicional para contemporânea.

Por fim, o último capítulo do presente trabalho será destinado ao estudo do instituto da guarda compartilhada do direito brasileiro, resultado da última alteração legislativa, com a demonstração das principais características relacionadas à guarda compartilhada.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo demonstrar a evolução do poder familiar, do conceito de família, visando analisar as principais mudanças derivadas da Lei nº 13.058/2014, bem como sustentar a ideia da igualdade e do acordo parental como melhor interesse a criança e ao adolescente dentro do instituto da guarda compartilhada.

Tanto o pai quanto a mãe, querendo e tendo condições morais e psicológicas, devem estar presentes no processo de formação dos filhos, e possuem condições de igualdade para exercerem esse direito, é o que dispõe a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I e artigo 226, § 5º. Portanto, o fato dos pais estarem separados não pode significar para a criança uma restrição ao direito de convivência com seus genitores. Portanto, a guarda compartilhada tem a finalidade de que os pais dividam a responsabilidade e as principais decisões relativas aos filhos, como educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer, etc.

Ademais, a Lei n. 11.698/2008, tem muita importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois trata da igualdade de direitos no que diz respeito ao exercício do poder parental e deve prescindir da força de vontade e da mútua cooperação entre os genitores. Para que

a Lei seja realmente eficaz, faz-se necessária a presença de ambos os pais, opinando, decidindo conjuntamente sobre a vida da criança e/ou adolescente, mesmo que ele esteja fisicamente distante. Se estes não colocarem os interesses dos filhos acima dos deles, realmente o uso da guarda compartilhada, nesses casos, não alcançará êxito.

1. PODER FAMILIAR

O instituto do poder familiar inaugurado no Código Civil de 2002, refere-se ao conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos. Este novo *códex* trouxe diversas alterações em relação ao tema e que se referem não apenas à mera alteração gráfica de pátrio poder para poder familiar, mas de verdadeira mudança material.

Anteriormente, na sistemática do pátrio poder, a figura paterna era a legalmente imbuída em primeiro plano dos maiores poderes de condução na vida dos filhos. Com o novo Código Civil as relações relacionadas à filiação passam a ser divididas ao a figura materna e mais modernamente com a figura dos pais, independentemente do sexo ou orientação sexual, assumindo em pé de igualdade todos os sabores e dissabores dos poderes e deveres para com a criação de sua prole.

Passa-se do padrão homem como chefe da família, para um padrão de mútua cooperação entre os pais, visando a melhor criação, educação, provisão e representação dos filhos. Portanto nos dias atuais, não existe mais aquela história do pai tomar decisões familiares, o poder familiar estabelece que os pais, sem distinção, são seus titulares naturais e, dessa forma, cabe ao casal, todas as responsabilidades sobre os filhos.

Vale salientar que o direito do pai iguala-se com o dever do filho e vice-versa, e o mesmo deve ser compartilhado com a mãe em igualdade.

Atualmente visa apenas o interesse e ao bem estar do menor, passando a ser, na verdade, um pátrio dever, de acordo com o qual os pais têm a obrigação de cuidar da pessoa dos filhos e de seus bens, é um verdadeiro direito de proteção, é definido hoje como poder jurídico, ou seja, o poder familiar, exercido em igualdade pelos pais, por efeito do Estado, no interesse da família, o qual deve ser entendido como uma função que é constituída de direitos e deveres.

1.1 BASE NORMOGENÉTICA DA MUDANÇA DE PADRÃO – *PÁTRIO PODER* – *FAMILIAR PODER*

Consoante à dicção do artigo 5º, inc. I, da CF/88:

Artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

“I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Adicionalmente, a Magna Carta impôs à família e não ao esposo, pai ou homem a grandiosa função de representar a célula base de nossa sociedade. Veja-se:

Artigo 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.

Artigo 227 “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diante dos artigos expressos na Constituição, é nítido a igualdade entre os homens e as mulheres em direitos e obrigações, e a igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua condição.

Essa regra permanece aplicável, assegurados e somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição.

Para atender melhor ao direito de família a Constituição consagrou um capítulo à família, à criança e ao adolescente e ao idoso, sendo a família o alicerce da sociedade, digna de uma atenção especial do Estado.

Com a chegada destes direitos assegurados pela CF/88 o Brasil passou a ter outra visão no que diz respeito à relação que os pais imprimem sobre seus filhos.

A jurisprudência passou a decidir com base nesta doutrina conforme a proteção integral do menor. Observe-se:

HABEAS-CORPUS - A CRIANÇA E O ADOLESCENTE - PERTINENCIA."

A família, a sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, a criança e ao adolescente, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do termino litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida,

assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, afim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem à determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstancia reinantes reclamem. I MPETRANTE : STELIO BASTOS BELCHIOR: STJ COATOR : JUIZ DE DIREITO DA VARA DEMENORES DE BELO HORIZONTE .PACIENTE : JULIO VITO PENTAGNA GUIMARAES E OUTROS. "20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-03 PP-00633 RTJ VOL-00144-01 PP-00233.

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, passou-se realmente a ter uma visão da criança como ser humano em desenvolvimento, a qual necessitava de uma atenção maior do Estado.

Conforme visto na Constituição Federal de 1988, significou um grande marco, a qual passou estabelecer direitos iguais aos pais em relação aos seus filhos, o qual antes o homem se submetia ao exercício do pátrio poder, passou a ser exercido por ambos, em igualdade de condições, não sendo admissível mais nenhum tipo de discriminação nem com aos seus filhos, tão pouco em relação entre o homem e a mulher, observando-se seus direitos e obrigações.

Causou, ainda, uma revolução no direito de família, introduzindo um novo conceito sobre esse instituto, ampliando o conceito de entidade familiar, pois não serão assim consideradas somente as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos, mas, também, a união entre homem e mulher, reconhecida como união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme se depreende do artigo 226, §3 e 4 da Constituição Federal:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facultar sua conversão em casamento.

Neste sentido a evolução histórica da Constituição, passou a ter outra visão em relação ao desenvolvimento da criança e do adolescente, de que tal situação era merecedora de proteção e assistência.

1.2 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar é um *múnus* público, ou seja, é uma obrigação que o indivíduo presta para o poder público, devendo ser exercido com a intenção de visar o interesse dos filhos menores, sendo fiscalizado pelo Estado.

Sendo assim, quando este poder não é respeitado por seus detentores, pode causar a suspensão do mesmo. Os motivos determinantes que geram a suspensão do Poder Familiar estão elencadas, de forma genérica, no art.1637 do Código Civil, elencado a seguir:

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 à 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. (BRASIL,2002).

Quando os pais deixam o filho em estado rotineiro de vadiagem, criminalidade, libertinagem, e se o negam alimentos, colocando em risco a saúde ou o maltratam ou dilapidam o patrimônio do filho, destes exemplos decorrem o abuso do poder por pai ou mãe, podendo o juiz a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, adotar medida que lhe pareça mais acertada, podendo suspender, até quando convenha, o poder familiar (DINIZ,2014).

Conforme previsto no parágrafo único do artigo citado acima, o poder familiar é suspenso, se os pais vieram a sofrer condenação por sentença irrecorrível, em decorrência de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

Existe outra forma também de decretar a suspensão do Poder Familiar do pai ou mãe, é com relação de quem der causa, no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 24 e 129, inciso X, no qual institui que a autoridade judiciária poderá decretar a suspensão do poder familiar. Além disto, a suspensão também pode ser decretada pelo ato típico de alienação parental ou de qualquer conduta que dificulte a convivência da prole com o genitor, conforme art. 2º, parágrafo único, I a VII, e art. 6º, inciso VII, da Lei n.12.318/201026 (DINIZ,2014).

Com isso a suspensão do poder familiar, pode atingir todos os poderes pertinentes a ele ou apenas alguns deles, que ficará sob análise criteriosa do juiz, a gravidade do caso irá

determinar a decisão judicial, podendo a sentença abranger todos os filhos ou somente alguns. Cessará a suspensão se restar comprovada a regularização dos atos que a geraram.

1.3 PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

A perda do Poder Familiar ou a destituição, é uma medida drástica, pode ocorrer nos casos em que atos gravíssimos transgridam os deveres parentais, abrangendo, todos os filhos e não somente um filho ou alguns filhos. Podendo atingir apenas um dos genitores, onde esta ficará com os direitos e obrigações do poder familiar, unicamente, ao outro, caso este não tenha condições de assumir as funções, e assim o juiz deverá nomear tutor ao menor. A ação para perda ou destituição do Poder Familiar deverá ser proposta pelo outro cônjuge, pelo menor púbere, por um parente ou pelo tutor, conforme art. 24 da Lei n. 8.069/90.

Conforme estabelecido pelo art. 1.635, V, do CC, em regra a perda do poder familiar, existe uma exceção de ser restabelecido o poder familiar, se comprovada à regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que gerou a perda.

No artigo 1.638 do Código Civil destaca que o pai ou mãe será destituído do poder familiar, por ato judicial, se castigar imoderadamente o filho; Deixar o filho em abandono material e/ou mora; Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (se o menor se encontrar de maneira rotineira em ambiente inadequado ou promíscuo); A ação ou omissão, para que o menor trabalhe em locais ou serviços perigosos, prejudiciais à moral ou insalubres; Incidir, reiteradamente, no abuso de sua autoridade, na falta dos deveres paterno-maternos, na dilapidação dos bens da prole e na prática dos crimes punidos com mais de dois anos de prisão; O abandono do menor, quando comprovado que o foi por desleixo e desinteresse, pois quando por miséria os pais não são destituídos e sim incluídos em programas sociais de auxílio; O incentivo às práticas criminosas e promíscuas; É relevante mencionar que este rol não é taxativo, podendo outras práticas levar a perda do poder familiar (SILVA, 2015).

2. INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada teve início na Inglaterra na década de sessenta, onde existiram as primeiras decisões no sentido de ambos os pais serem conjuntamente responsáveis pelo sadio desenvolvimento da prole. Buscou-se distribuir igualmente, entre os genitores as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos, resgatado ao pai a capacidade de dirigir conjuntamente a vida dos menores.

2.1 ORIGEM

A origem do conceito de guarda é derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, sem sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

A palavra guarda significa exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confinadas, bem assim manterem em vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção.

De outro modo, é palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo. (LEITE, 2011).

Ao longo de muito tempo, a guarda foi tida como um dos efeitos do poder familiar. Os textos normativos foram interpretados no sentido de vincular o direito de guarda do menor, desta forma, o titular do poder familiar teria um direito de guarda quase absoluto. Contudo, a partir dos anos de 1950, este conceito foi sendo pacificado, passando a guarda ser vista como sendo não de essência, mas de natureza deste, ao se permitir a concessão da guarda da criança ou adolescente, mesmo contra a vontade do titular do poder familiar, se isso atendesse melhor ao interesse do menor (RIBEIRO, 2007).

A rigor, a guarda passa a ser restrita ao guardião enquanto não forem os pais destituídos ou tiverem, suspenso o pátrio poder, subsistindo aos pais biológicos certas obrigações, tais como o exercício do direito de visitas e a obrigação alimentícia.

Rodrigues (1997) diz que a “guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”.

São imensuráveis as conceituações para a guarda no direito brasileiro, dentre elas, podem se citar a descrita por Plácido e Silva (1997) em seu vocabulário jurídico, definindo que se trata de:

Locução indicativa seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Strenger (1998), expressa que a guarda de filhos ou menores pode ser conceituada como o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.

Guarda, num sentido jurídico, é o ato ou efeito de guardar e resguardar o menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações que venham a ocorrer cotidianamente.

Por outro lado, é um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial. (OSORIO, 2009).

Por isso, entende-se que a guarda dos filhos é um direito e dever de quem permanece com a responsabilidade dos filhos, com o intuito de protegê-los e educá-los, garantindo-lhes um crescimento saudável.

A guarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos os pais, ora de proteção, ora de companhia dos filhos. Ou seja, trata-se de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes (LAUX; RONDI, 2003).

Tratado em dois momentos no Direito Brasileiro, o instituto da guarda em primeiro momento decorre da dissolução da sociedade conjugal ou marital, e depois no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na constância do casamento ou da união estável, via de regra, é que todos os atributos do poder familiar, seja exercido conjuntamente pelos pais. No entanto, surge uma grande dificuldade, quando esses mesmos poderes são desfeitos por conta da separação, do divórcio, ou da dissolução da união estável dos genitores, uma vez que em razão do rompimento dos pais haverá a fragmentação de um dos componentes do poder familiar, que é o direito de guarda.

Quando perturbada a convivência conjugal, ocorre a cisão da guarda e os filhos passam a conviver com apenas um dos cônjuges, ficando o outro com o direito de visita e de fiscalização.

Nem sempre pais e filhos têm o privilégio da convivência recíproca, ocasionando, por vezes, a morte de um dos pais ou distúrbios no relacionamento dos mesmos, que impedem o prosseguimento da mútua convivência. Assim sendo, o domicílio familiar uno deixa de existir e, em seu lugar, passa a existir duas residências, ocasionando, na maioria dos casos concretos, a definição da custódia dos filhos para apenas um dos genitores, ou excepcionalmente na repartição dessa guarda.

2.2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUAS INFLUENCIAS NO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.

Fatores sociais no Direito Brasileiro, como o declínio do patriarcalismo, do ruralismo, a revolução sexual, e a economia mundial, interferiram e, ainda interferem direta e indiretamente no ordenamento jurídico, pois o Direito é um conjunto de normas existentes a fim de organizar a sociedade, estando sempre sob a influência de costumes e fenômenos sociais. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, definiu a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações no tange a família, sendo então que o poder familiar passa a ser exercido de forma igualitária entre os pais.

Com relação ao destino dos filhos de pais que não convivem em união, historicamente, na última década do século XIX, o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, em seu art. 90 estabelecia que através da sentença do divórcio, seriam entregues os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente, determinando a cota que o culpado prestaria para a

educação dos filhos bem como a contribuição do marido para o sustento da mulher, se esta fosse inocente e pobre.

Com o advento do Código Civil, no ano de 1916 passou-se a distinguir as hipóteses de dissolução amigável e judicial da sociedade conjugal. Sendo que, na dissolução amigável deveria ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (artigo 325-revogado pela Lei nº 6.515/1977). Já na dissolução judicial, a guarda dos filhos seria atribuída de acordo com a existência de culpa de um ou de ambos os cônjuges, e pelo sexo e idade dos filhos, dando da seguinte maneira: os filhos ficariam com o cônjuge inocente; se ambos culpados ficariam com as mães as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, sendo entregue a guarda ao pai após completar essa idade; por fim, havendo motivo grave o juiz poderia dispor de maneira diversa (artigo 326-revogado pela Lei nº 6.515/1977).

Com o surgimento da Lei nº 4.121/42 houve alterações no desquite litigioso, mas conservando o que dispunha ao desquite amigável com relação à guarda dos filhos. Portanto, havendo cônjuge inocente, com este ficariam os filhos menores; sendo ambos os cônjuges culpados, a mãe passaria a ficar com os menores, não sendo mais observada a distinção de idade e sexo destes, salvo disposição contrária do juiz; se fosse verificado de que os filhos não deveriam ficar sob a guarda do pai e nem da mãe, o juiz era autorizado a deferir à guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurado o direito de visita aos pais.

Era o Decreto Lei nº 9.701/46 que determinava sobre a guarda de filhos no desquite judicial, se no caso estes não entregues aos pais, mas sim à pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, assegurando ao outro o direito de visita aos filhos.

No Decreto Lei nº 3.200/41, em seu art. 16, determinou que a guarda do filho natural ficasse com o genitor reconhecente e, se o fossem ambos, sob o poder do pai, exceto se o juiz decidisse de maneira diversa, determinando a guarda analisando o interesse do menor.

A Lei nº 5.582/70 modificou o artigo 16 do decreto lei 3.200/41, acrescentando a este, parágrafos, determinado que o filho natural reconhecido por ambos os genitores ficaria sob o poder da mãe, salvo se tal decisão trouxesse prejuízo ao menor. Previu também a possibilidade de colocar o filho sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. E, havendo motivos graves, poderia o juiz, a qualquer tempo, decidir de modo diverso, sempre se baseando no interesse do menor.

Os artigos que previam a guarda dos filhos no Código Civil de 1916, sendo eles do art. 325 ao art. 329, foram contrariados com o advento da Lei 6.515/1977, a chamada Lei do Divórcio. Porque, a citada lei contradizia-se ao código em vigor naquela época, e por ser lei especial revogou os dispositivos do código que tratavam o assunto de forma diferente, subsistindo apenas o art. 329 que disciplinava a possibilidade de a mãe ter em sua guarda os filhos do casamento anterior, só cabendo decisão diversa se o juiz percebesse que ela ou o padrasto não se comportavam de maneira conveniente. (SAMPAIO, 2010).

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 da Constituição Federal). Em vista disso, a guarda é um direito que impõe extensos deveres para com o menor.

A Constituição Federal de 1988 assegurou à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que regula as relações jurídicas e institutos referentes ao menor, dentre eles a guarda, destinada a regularizar a posse de fato do menor.

Prevista pelo ECA, a guarda, pretende atender a criança em concreto estado de abandono ou tenha sofrido falta, omissão ou abuso dos pais (art.98 do ECA), tanto que o detentor da guarda poderá a todo e qualquer momento reclamarem o direito de retirar o menor da posse de quem, a esteja ilegalmente detendo.

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou de adolescente (ECA, art. 33, § 1º, início), mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor – criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta, como se fosse uma família natural, de maneira duradoura (ECA, art. 33, § 1º, início), ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (ECA, art. 33, § 1º, fim) ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (ECA, art. 33, § 2º) (ROMERA, 2011).

Independente da situação jurídica em que se encontre a criança ou adolescente, para as formas de colocação em família substituta. Tanto faz se está numa família ou numa entidade, se tem condições materiais ou não. Ou melhor, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, onde se inclui também a guarda (RTJ 48/427; RT 406/274), segundo jurisprudência, mesmo que para que a concessão desta inexista a condição obrigatória de perda ou suspensão da guarda (ECA, art. 23), que é condição indispensável tanto para a tutela como para a adoção (ECA, arts. 36, parágrafo único, 41 e 169).

Como o fim do instituto visa à proteção integral da criança e do adolescente, o interesse destes deverá ser levado em conta, sempre que possível, através da oitiva deles (ECA, art. 28, § 1º) (ROMERA, 2011).

A Justiça tem por finalidade decidir o que será mais útil. Assim, em se tratando de guarda de filho, não se pode adiar “*sine die*” a solução, pois isso significa negar a prestação jurisdicional ao menor, cabendo ao Magistrado apurar os fatos, ouvir a criança com o auxílio do Promotor de Justiça, decidir a questão e não manter a guarda com pessoa que nem sequer foi ouvida a respeito, conforme decisão do TJ-MG - Ac. da 4ª Câm. Cív. publ. em 6-6-94 - Ap. 6.228/1-Capital - Rel. desig. Des. Francisco Figueiredo (ROMERA, 2011). A guarda que decorre da separação dos pais, não se regula no ECA e sim, aquela onde esteja visível o estado de abandono, a orfandade, a omissão ou abuso dos pais, conforme o artigo 98 do ECA. Por isso, somente o fato da orfandade não basta para a determinação da guarda pelo ECA; é preciso envolvê-la às hipóteses do artigo 98 da referida Lei (direitos ameaçados ou violados), quando, então, emerge a competência da Justiça especializada, de acordo com o artigo 148, parágrafo único, alínea “a”. O deferimento da guarda prevista no Estatuto atribui ao guardião, mesmo que de forma precária, a obrigação correspondente à criação, educação, assistência material e o direito de exigir do menor respeito e obediência.

Disciplinada nos artigos 33 a 35 do ECA, a guarda, segundo Waldyr Grisard Filho (2002), “uma vez estabelecida, obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais, como se depreende do artigo 33”.

Ademais, conforme Waldyr Grisard Filho (2002), são previstas duas modalidades de guarda pelo ECA, quais sejam, definitiva e provisória. A primeira regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos

processos de tutela e adoção, salvo-nos de adoção por estrangeiro, onde é juridicamente impossível, de acordo com o artigo 33, §1º do ECA. É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção, e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses, segundo o artigo 33, §2º do ECA.

A elucidação de guarda é relativa, porque pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado, conforme o artigo 35 do ECA, sendo que sua concessão não faz coisa julgada. A coisa julgada, nestas questões, está subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, vale ressaltar que a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito pode o juiz reverter a situação anterior.

A guarda definitiva caracteriza-se por ser estabelecida em processo de cognição exauriente, no qual chega-se à conclusão, após o exame verticalizado da situação fática e jurídica, que o menor deve ficar sob os cuidados de determinada pessoa (tutor, pais adotivos, curador ou meramente guardião, nas hipóteses de guarda satisfativa), até que, em princípio, o guardado atinja a plena capacidade, só podendo ser alterada se houver fato novo, ou seja, se sobrevier à modificação da situação factual que serviu de arrimo para a regulamentação dessa guarda dita definitiva. (GESSE, 2001).

Uma vez deferida, a guarda, permanece sob o controle do Estado, podendo a qualquer hora, por outra decisão judicial, ser revogada se a situação denunciada o reclamar, recomendando a remoção do guardião. Pois então, onde o interesse da criança ou adolescente deve ser resguardado, o Juiz, fazendo uso do poder discricionário, pode determinar a intimação do guardião para que preste esclarecimentos quanto ao comportamento que vem sendo adotado com o menor, ou até mesmo determinar que preste informações periodicamente sobre o exercício da guarda.

Em caráter provisório, a guarda, é aquela em que concedida liminar ou incidental nos processos relativos à guarda ou tutela. Ou seja, é “quando determinada precariamente para resolver a situação de alguma criança abandonada, devendo o juiz esclarecer àquele que a recebe as implicações que poderão advir de possíveis mudanças” (NOGUEIRA, 2001).

Conferida a título precário, a guarda provisória é aquela nas hipóteses de criança ou adolescente que se ache abandonado ou sob a guarda de fato de pessoa que, não sendo

detentora do poder parental e sem a intervenção judicial, toma a seu cargo a criação e a educação de menor com que, a princípio, não tinha qualquer vínculo legal que lhe impusesse tal encargo. Ela perdura até que a situação da criança/adolescente, por intermédio de decisão judicial, seja definida. (GESSE, 2009).

O ECA (1990) ainda prevê uma forma diferenciada de guarda fora dos casos de tutela e adoção, a guarda excepcional para fins de representação dos pais biológicos ou responsáveis observando-se não se tratar de representação plena, mas de atos a serem praticados por um guardião temporário como a autorização para o casamento em virtude de estarem os pais ausentes ou em local incerto e não sabido.

Encontramos a guarda subsidiada, em face das peculiaridades previstas em cada caso em que não seja viável a tutela ou adoção, por inexistirem candidatos para tal mister, crianças ou adolescentes portadores de anomalia física ou mental necessitando de ambiente e tratamento especial.

O artigo 34 do ECA (1990) vem ao encontro dessas necessidades impondo ao Estado criação de um programa de lares remunerados, com pessoas habilitadas para atendimento a casos específicos de abandono comprovado, sem possibilidade de retorno dos menores à família original, por estarem os pais desaparecidos, falecidos, internados em hospitais psiquiátricos ou cumprindo pena em estabelecimento prisional.

A finalidade desta guarda é colocar a criança em lar substituto ante a ausência da família original ou a impossibilidade de ser criada por ela, é um contrassenso deferir-se a guarda para os avós, quando a criança esteja morando com os pais biológicos e por estes mantidas. (LEITE, 2011).

Não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, as decisões de guarda, por isso, pode se afirmar que são passíveis de reexame, através de ação própria. É bom salientar que em matéria de direito de família, principalmente no que tange à guarda e o direito de visitação, não existe caducidade ou ineficácia da liminar concedida quando não proposta a ação principal no prazo de trinta dias.

Por isso, os filhos não são e nem poderiam ser objeto da autoridade parental. São em verdade, sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não meros sujeitos passivos mais precisamente, os destinatários do exercício deste direito subjetivo com a preocupação de se atingir a dupla realização dos interesses do filho e dos pais.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n.11.698/2008, a guarda compartilhada, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro de 2002. É importante mencionar que antes mesmo da alteração legislativa o instituto já vinha sendo aplicado em algumas decisões em diversos Estados. Outrossim, o instituto continuou a sofrer mudanças com a Lei n.13.058 de 22 de dezembro de 2014 que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CCB/2002, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Desenvolvidas ao longo do presente trabalho, as atribuições da guarda compartilhada, enfatizam que ambos os pais tornam-se detentores da autoridade parental, ambos possuem a guarda, logo lhes é dado o poder de decisão sobre a vida dos filhos. Este modelo de guarda, visa manter os laços de afetividade, buscando amenizar os efeitos na vida dos filhos do que possa ser gerado ao fim da união conjugal e concomitantemente visa manter de forma igualitária a função parental, reconhecendo, portanto, direitos e deveres tanto dos filhos como dos pais.

O instituto da guarda compartilhada é utilizado para diversos fins ligados ao melhor interesse da criança ou adolescente, são eles: Evitar a síndrome de alienação parental; Manter os vínculos afetivos com ambos os genitores e demais familiares; Auxiliar na criação e educação do filho; E por fim, manter as referências paternas e maternas (CARVALHO,2012).

Para a vida dos filhos de pais separados trazida pela guarda compartilhada, a nova concepção, é que a separação é da família conjugal e não da família parental, isto é, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que indica que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles (PEREIRA,2012).

Não é guarda repartida, a guarda conjunta é como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, apesar de o dispositivo viabilizar uma maior distribuição do tempo dos pais para com seus filhos comuns, justamente para criar as condições de atendimento à função de guarda repartida (MADALENO,2012).

A guarda conjunta possui diversas vantagens ao menor na medida em que a prioridade é o melhor interesse dos filhos, prioriza também o Poder Familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, e ambos se tornam atores principais na criação do filho, não

apenas sendo um mero contribuinte com alimentos que tem como recompensa o direito à visitação. Na modalidade da guarda compartilhada, privilegia-se a ideia de estar com e de compartilhar, não existindo conotação de posse, pois é sempre voltada para o melhor interesse da criança ou do adolescente e, conseqüentemente dos pais (CARVALHO,2012).

Deste modo, a guarda compartilhada, nada mais é que a soma dos esforços e da contribuição dos pais, na medida de suas possibilidades, para o atendimento de todas as necessidades dos filhos, em ambiente harmônico, propiciado pelo necessário equilíbrio nas decisões importantes para a prole, garantindo para tanto o convívio familiar que se estende não somente aos genitores como também toda família paterna e materna, como avós, tios, primos, seja pela consanguinidade como também pela afinidade ou da sócio afetividade, sem esquecer-se , ainda , da convivência comunitária de que desfrutarão esses menores em sua nova realidade, representadas pelos círculos sociais frequentados por seus pais (BOULOS,2011).

3. A GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada surgiu com a finalidade de suprir as deficiências das outras espécies de guarda, em especial a unilateral. Nesta, perdura o tradicional sistema de visitas do pai e sua exclusão em relação às tomadas de decisões sobre a vida da criança, ficando tais decisões a cargo da mãe, guardiã única dos filhos na grande maioria dos casos. Entende-se que o afastamento quase que por completo de um dos genitores pode gerar relevantes prejuízos aos filhos, quer seja de ordem emocional, quer seja de ordem social.

Segundo Grissard Filho (2002) a guarda compartilhada mostra-se como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os pais na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência do menor com o não guardião.

3.1 A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI N 11.698/2008

A Lei n.º 11.698/2008 trouxe significativas mudanças sobre a guarda compartilhada, especialmente no que tange à sua disposição e opção de escolha.

A referida lei deu a seguinte redação ao artigo 1.583:

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.[...]. (BRASIL, Código Civil, 2002).

O legislador, no referido artigo, se mostrou optante das duas guardas (unilateral e compartilhada) somente, todavia não afasta à possibilidade de o magistrado decidir de forma diferente, moldando-se ao caso concreto e sempre respeitando o princípio do melhor interesse do infante, conforme aduz Eduardo de Oliveira Leite: "Logo, a enumeração do caput do art. 1.583 não pode ser entendida como taxativa ou exaustiva,

devendo ser suficientemente maleável de modo a atender os interesses maiores dos filhos.” (LEITE, 2011, p. 196).

No mesmo ensejo o legislador trouxe o conceito de ambas às guardas ao parágrafo primeiro do mesmo artigo, estando ainda vigentes no nosso ordenamento jurídico.

Ensina-nos, sobre o tema Eduardo de Oliveira Leite:

[...] a nova legislação sobre a guarda adotou um “modelo dual” que se esgota nas duas opções oferecidas pelo legislador: unilateral ou compartilhada. Ou seja, à exclusividade da guarda unilateral o legislador oferece o novo modelo da guarda compartilhada, sem, portanto, descaracterizar ou nulificar a possibilidade da guarda unilateral. (LEITE, 2011, p. 196).

A responsabilização conjunta que aponta o parágrafo primeiro do artigo 1.583 embora expressamente delimite aos pais, não exclui a possibilidade de exercício conjunto com determinado avô ou avó, conforme aponta Leite:

A expressão “pai” e “mãe” não pode se restringir simplesmente aos genitores oriundos das relações matrimonializadas (pais cônjuges), mas, igualmente, aos pais oriundos de mera união estável (pais companheiros), como igualmente aos pais oriundos de relações fora do âmbito (legal) do Direito de Família [...]. (LEITE, 2011, p. 198).

Já o parágrafo segundo e terceiro do mesmo artigo contava com a seguinte redação:

§ 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. (BRASIL, Código Civil, 2002).

O parágrafo segundo possuía muita importância no que tange aos pormenores trazidos pelo legislador para melhor determinação do genitor guardião unilateral, efetivando o melhor interesse da criança:

Sobre esse dispositivo, desde já é preciso ponderar que, para uma eficaz proteção ao menor, somente é possível compreender os incisos nele referidos como

meramente exemplificativos, não havendo ainda qualquer tipo de ordem de preferência entre eles. (ALVES, 2009).

O que se afirmava com esta alteração é o afastamento do comum pensamento de que somente o genitor com residência fixa e com maior salário ganharia a guarda unilateral de seu filho (a). No caso concreto, o que se prioriza são fatores essenciais que eram de cunho afetivo-emocional, saúde, segurança e educação tanto intelectual quanto moral.

O parágrafo terceiro salientava a obrigação de supervisão do interesse dos filhos ao genitor que não estivesse exercendo a guarda. Esta supervisão deveria ser sobre os objetivos instaurados no parágrafo segundo, afeto, saúde, segurança e educação.

Cumpra esclarecer que os parágrafos segundo e terceiro foram revogados pela Lei n.º 13.058/2014.

O artigo 1.584 trata, em síntese, dos meios de fixação da guarda, e dos detalhes consoantes ao procedimento judicial:

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. (BRASIL, Código Civil, 2002).

Em relação aos meios de concessão da guarda, destaca-se a posição inicial do legislador, sempre priorizando o consenso dos pais, e, em não ocorrendo acordo, a imposição de uma decretação judicial obedecendo às necessidades do filho, ou estipulação temporal de convívio entre os genitores.

Vale ressaltar que o inciso sob questão, substitui a palavra “visita” por “convívio” (... ao convívio deste com o pai e com a mãe) imprimindo, por meio deste recurso linguístico, maior intensidade as relações entre pais e filhos que, agora, não mais devem se limitar à mera (e esporádica) visitação, mas sim ao efetivo convívio, expressão que agasalha a noção maior de duração e de intensidade relacional. (LEITE, 2011, p. 202).

No parágrafo primeiro, se evidencia o dever do juiz de informar aos pais os detalhes da guarda compartilhada, além dos direitos de ambos e eventuais sanções em caso de descumprimento.

Desse modo, encontram-se diversas dificuldades de aplicação no caso concreto, pois segundo Leite tanto o acúmulo de audiências nas Varas de Família, quanto o desconhecimento da matéria pelos juízes ensejariam na inaplicabilidade do disposto neste parágrafo. (LEITE, 2011, p. 203).

O parágrafo segundo pode ser interpretado, a princípio, como uma imposição do legislador, entretanto há uma ressalva expressa, “sempre que possível” que afasta a fixação da guarda em casos inviáveis. Em casos infactíveis a guarda unilateral deveria ser fixada a um só genitor, assegurado o direito de visitas ao outro. Outrossim, não sendo possível a guarda por ambos os genitores, a solução pode estar contida no parágrafo quinto do mesmo artigo, que abarca a possibilidade da fixação da guarda à pessoa que revele compatibilidade com a referida medida:

ou seja, em caso de inexistência de acordo entre os pais sobre a guarda do filho, valerá a regra geral da guarda compartilhada, sempre que a mediação previamente feita conseguir semear terreno fértil para a sua consecução, conseguir que o conflito existente entre os genitores, senão for solucionado, pelo menos não interfira no cumprimento conjunto do poder familiar; em não acontecendo tal êxito, aí sim a guarda compartilhada não será possível, devendo ser aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, com os ditames estipulados pelo já citado § 5º do art. 1.584. (ALVES, 2009).

O parágrafo terceiro, como meio de facilitar o livre convencimento do juiz, traz a possibilidade da realização de perícia interdisciplinar por profissionais da área de psicologia, medicina, serviço social, entre outros. Este estudo é solicitado de ofício pelo magistrado ou por requerimento do Ministério Público.

Já o parágrafo quarto engloba a sanção de diminuição do tempo de convivência com o filho e redução de prerrogativas anteriormente atribuídas ao genitor que descumprir imotivadamente ou alterar quaisquer cláusulas sem autorização.

Alvo de críticas pela doutrina civilista, este paragrafo prejudica a criança, culminando no afastamento do genitor penalizado para com o filho, por consequente perda do afeto, para Leite:

O novo dispositivo se justifica e só encontra legitimidade quando a redução se dá em decorrência, por exemplo, de maus-tratos infligidos pelo genitor ao filho, nos demais casos, a regra deve ser apreciada com moderação e cautela, sob- risco de produzir efeito diverso daquele pretendido pelo legislador. (LEITE, 2011, p. 202).

Neste sentido:

Ora, esse dispositivo fere de morte o princípio do melhor interesse do menor, pois se preocupa muito mais em punir uma conduta irregular dos pais do menor, ignorando que essa punição, na verdade, prejudicará sensivelmente o desenvolvimento do filho, que perderá tempo precioso de convívio com seus genitores. (ALVES, 2009)

Sobre o tema, ainda:

A sanção contida na lei, com relação à diminuição do tempo de convívio com os filhos, não está em sintonia com a atualidade do instituto, uma vez que reacende a competição e representa um retrocesso, por colocar os filhos como prêmios ou alvo indevido de instrumento de punição. (GROENINGA, 2008, p. 31).

Conforme já mencionado anteriormente, o parágrafo quinto indica a possibilidade da fixação da guarda em casos inaplicáveis aos pais, o que deve sempre prevalecer o interesse do menor no caso concreto, por isso o legislador prefere o caráter de compatibilidade ao caráter parental, justamente por enaltecer o vínculo que a criança tenha com seu futuro guardião. Sendo este o embasamento de diversas decisões judiciais, inclusive é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Dessa forma, ressalta-se que até 23 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada era aplicada quando o caso concreto demonstrasse elementos favoráveis à sua efetivação, sendo que quando isto não ocorresse à guarda unilateral era praticada, sempre priorizando o interesse do menor e o vínculo afetivo com o guardião futuro, fato que se constatava com a ajuda de estudos realizados por equipe de profissionais multidisciplinar.

Finalmente, se esclarece que os artigos 1583, 1584 do Código Civil, alterados pela Lei n.º 11.698 de 2008, em análise no presente capítulo, foram, mais uma vez, essencialmente alterados pela nova Lei n.º 13.058/2014, o que será tratado no capítulo seguinte.

3.2 A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI 13.058/2014

Com o advento da nova Lei da guarda compartilhada, Lei número 13.058/2014, a redação do parágrafo 2º do artigo 1.583 do CCB/2002 foi alterada passando a vigorar o seguinte texto: "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".

Essa alteração foi pensada no sentido de diminuir a diferença de tempo entre o guardião físico e o não guardião. Ao realizar esta alteração, a Lei 13.058/2014, visa estabelecer que a convivência entre a prole e os genitores deverá ser equilibrada, impossibilitando, portanto, a fixação de finais de semanas alternados e acabando com a confusão entre os institutos de guarda compartilhada e guarda alternada.

Vale ressaltar que a convivência proposta pela guarda compartilhada, visa atender à criança em suas respectivas necessidades de contar tanto com o pai como a mãe, sendo também uma legítima reivindicação dos homens que descobriram a realização em exercer a parentalidade (GROENINGA, 2008).

É impreterível, a manutenção da convivência com ambos os genitores para que seja garantida a proteção aos respectivos direitos da prole. Esse exercício da autoridade parental é destinado a ambos, de forma que os deveres e direitos não se extinguem com o fim da união conjugal. Sendo deste modo, a necessidade de decisão conjunta sobre as questões da vida da prole que se introduz após a regulamentação da rotina de convivência e gera uma melhor organização para todas as partes.

Neste momento, cabe colecionar a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada até mesmo no caso de crianças de tenra idade, sem a necessidade do acompanhamento da genitora. Mesmo enquanto lactante é indispensável que o genitor, quando não for o detentor da custódia física, tenha o direito assegurado e estabelecido.

A fixação do regime de convivência, ao que se expõe deve ser buscada, em um ambiente ideal, uma construção conjunta de dias, horários e locais de retirada, criando uma rotina para prole, devendo sempre melhor atender aos interesses da criança e não dos

genitores. Afinal, o que está se buscando é a garantia do direito de convivência familiar destinada à prole.

Uma das facilidades propiciadas pelo direito à convivência é a utilização da escola como ponto de referência, para que não ocorra conflito entre os genitores. E outra vantagem desta utilização é que em caso de inobservância desta cláusula de convivência, haverá facilitação da prova deste comportamento.

Através do direito à convivência, evidenciam-se diversas são as formas em que os genitores possuem de participar da vida da prole, seja pela responsabilidade de levar a uma atividade extracurricular como também em algum tratamento médico de caráter contínuo. Em atualização as modernas concepções de famílias e da hipótese dos pais que residem em cidades diferentes, o magistrado poderá por provocação do Ministério Público estabelecer dias e horários de convivência por meio de ferramentas on-line, para que seja minimizado os efeitos da distância (ROSA,2013).

3.3 EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA.

A eficácia da guarda compartilhada está condicionada a sua utilização pelos tribunais diante dos casos concretos, na medida em que mesmo sendo a sua obrigatoriedade definida pela lei, pode o magistrado à luz dos princípios constitucionais que visam à proteção ao melhor interesse da criança decretar outra modalidade de guarda, ou seja, a que melhor atenda as necessidades da criança podendo ser compartilhada ou não.

José Fernando Simão (2016), pretendendo contribuir com esse entendimento, afirma que, mesmo com a obrigatoriedade prevista pela lei ela não será acatada, como exposto a seguir:

No caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: 'em que pese à determinação do CC de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional'. A lei não é, por si, a solução do problema como parecem preconizar os defensores do PL 117/03. A mudança real é que o Magistrado, a partir da nova redação de lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais.

O objetivo da aplicação da guarda compartilhada é dar continuidade do exercício comum da autoridade parental, ou seja, visa primordialmente a continuidade da relação entre os

pais e filhos, tal como era vivenciada na constância do casamento ou união conjugal, conservando para tanto os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas (GRISARD, FILHO).

Sendo relevante destacar que a determinação da guarda compartilhada importa necessariamente na atribuição da custódia física do filho, ou seja, com quem ele irá morar. De acordo com a nova redação do artigo 1.583, §3º, do Código Civil de 2002, foi atribuído ao termo custódia física a “base de moradia”, de forma expressa, ademais, o compartilhamento pode ser realizado mesmo quando os genitores não residem na mesma cidade. A nova redação merece atenção, na medida em que anteriormente não era aplicada pela lei n. 11.698/2008, mesmo já sendo prevista a guarda compartilhada quando os pais residiam em cidades diferentes.

O critério utilizado pelo legislador para a determinação da base de moradia é o da residência que “melhor atender aos interesses dos filhos”, conforme leciona o artigo 1.583, §3º do CC. Os pais poderão ainda entrar em consenso, mas, na impossibilidade do mesmo, caberá ao juiz e ao promotor, auxiliados pela equipe de perícia social e psicologia, observar e guardar que esse critério seja atendido.

Quando o juiz nomear o perito, segundo as regras do novo CPC o artigo 662 do novo CPC, possibilitará a ambos os genitores, no prazo de cinco dias, contados da intimação do despacho, indiquem seus assistentes técnicos e estes, por sua vez, devem apresentar seus quesitos, com fulcro no artigo 462, §1º, do referido diploma.

Devem os peritos e os assistentes técnicos utilizar todos os meios necessários, ouvindo testemunhas e, além mesmo fazendo uso de fotografias e desenhos, como previsto no artigo 470, §3º do CPC. Desta forma, independentemente da idade da prole, o instrumento viabilizara a análise do quesito do melhor interesse do menor, fator crucial nesta questão.

A convicção do magistrado, entretanto, não fica adstrita ao laudo pericial, podendo formar em sua livre motivação a que pertence à decisão de qual residência servirá como base para os filhos, nos termos do artigo 476 do atual Código de Processo Civil.

Outro aspecto que merece prestígio neste estudo é a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada mesmo sem o consenso entre os genitores, à separação dos pais não deve repercutir no desempenho de suas atribuições parentais, para as quais não há separação.

A ideia de que o genitor que obtém a guarda unilateral é “vitorioso” sobre aquele que não a obteve, ainda é frequentemente vista no meio social. Diante disso, o processo torna-se um meio de discussões egoísticas dos pais e sem observância aos principais destinatários, que são os filhos. Estes são tratados muitas vezes como uma posse, objeto de litígio entre duas pessoas que não mais são cônjuges.

Justificando-se, a necessidade em diferenciar o papel conjugal do papel parental, visto que existem “ex-maridos” ou “ex-esposas”, mas não há, em qualquer hipótese, a figura do “ex-filho”.

Com a chegada da Lei nº 11.698 de 2008 no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se superar esta situação adotando uma nova redação do art. 1.584, §2º do Código Civil: “não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Logo, a lei versa sobre casos em que não é possível estabelecer acordo, isto é, para os genitores que não se entendem sobre a guarda de seus filhos.

A necessidade da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, justifica-se, na medida em que esta diminuiu o Poder Familiar do genitor a quem a não foi outorgada a guarda e, conseqüentemente, tornando-se um aspecto prejudicial ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, que se afastam de um dos genitores. Portanto, a guarda unilateral, deve ser adotada como medida de exceção.

Neste contexto, a Lei nº 13.058/2014 trouxe o entendimento de que para melhor interesse dos filhos em um cenário de separação, a necessidade de se estabelecer um ambiente harmonioso é função de ambos os pais, para que a convivência seja exercida de forma plena.

Por fim, o estabelecimento da guarda compartilhada importará em uma nova rotina para a prole, e neste ambiente é fundamental uma divisão de responsabilidades igualitária e conjunta, bem como um acompanhamento terapêutico até a integralização da prole com as novas mudanças, visto que o que o instituto preconiza é a efetiva proteção aos interesses do menor ao fim da união conjugal.

3.4 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 1.634 DO CÓDIGO CIVIL.

Segundo o que foi anteriormente aduzido o artigo 1.634 do Código Civil, também sofreu significativas alterações com o advento da Lei n.º 13.058/2014. Tais mudanças acrescentaram o rol de deveres dos genitores no exercício do poder familiar.

As alterações relacionadas à guarda compartilhada são:

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: [...];"
II -exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [...];
V -conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município (BRASIL, Código Civil, 2002).

Antes, o legislador tratava do tema restringido à sua companhia e guarda, e já com a modificação trata de maneira mais incisiva o exercício da guarda unilateral ou compartilhada. Acrescentou, ainda como direito e obrigação dos pais a faculdade de conceder ou negar consentimento para que os filhos mudem de residência para outro Município, ampliando a participação do genitor não guardião.

Esta mudança parece possuir objetivo de incluir àquele genitor que, muitas vezes, não participa das decisões importantes relacionadas aos filhos, e garante à relevância e oitiva de sua opinião, mesmo que a decisão posterior seja desfavorável ao seu entendimento. Porém entra em conflito com o direito de liberdade, garantido constitucionalmente, do outro genitor, que pode decidir morar em outra localidade pois recebeu uma proposta de emprego, por exemplo.

Não há dúvidas, nestes casos de conflitos que deve o magistrado fazer a análise dos direitos apontados e levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança em sua decisão, averiguando se a mudança também é positiva e favorável ao menor.

Deste modo é essencial que, no caso concreto, haja parcimônia do magistrado em aplicar a guarda compartilhada, sopesando todas as peculiaridades relacionadas ao tema, buscando a efetividade da justiça.

3.5 DAS OBRIGAÇÕES PARENTAIS E O SEU CUMPRIMENTO.

O instituto da guarda compartilhada nada mais é que um sistema de corresponsabilidade dos pais no exercício do dever parental em caso de término da união conjugal, ao ser arbitrado por sentença à guarda compartilhada do filho entre os genitores, o juiz deverá

detalhar a sistemática de responsabilidades e dinâmicas a fim de que se tomem as devidas providências no caso de descumprimento de tais regras.

Havendo descumprimento pelo genitor dentro do que foi estabelecido, decorrem sanções, já tendo previsão desde a Lei nº 11.698 de 2008, no artigo 1.584, §4º, CC, no qual afirmava que o “descumprimento imotivado da cláusula da guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com os filhos”.

Ocorre que o texto sofreu fortes críticas pelos doutrinadores, como Ana Carolina Teixeira (2009), no tocante a punição ao genitor sem ao menos cogitar se esta medida atende o melhor interesse do filho. Logo após, esta redação foi alterada a partir da Lei nº 13.058/2014, suprimindo a possibilidade de restrição de tempo de convivência com o filho, entretanto, a possibilidade de redução de prerrogativas, por outro lado, manteve-se imutável.

Penalidades são respostas da ordem jurídica ao ilícito e somente serão devidas se respeitarem um processo justo (art. 5º, LV, CRFB/88). O agente tido como infrator deverá sempre ser notificado daquilo que lhe estão acusando, bem como tem o direito de defesa, devendo o juiz criar o contraditório mais célere possível, ainda que de maneira incidental, no próprio processo em que a guarda compartilhada foi instituída, ou em processo autônomo. Vale ressaltar que a gravidade do fato pode acarretar, em virtude do melhor interesse da criança, em decisões emergenciais e provisórias baseadas na verossimilhança e levando-se em consideração o periculum in mora. Apesar da lei não estabelecer quais seriam as reduções de prerrogativas, é certo que os descumprimentos das funções parentais injustificadas devem ser sancionados.

O que se compreende é o entendimento de que todos os mecanismos ao alcance do Judiciário devem ser implementados a fim de garantir os direitos do filho, com fulcro no artigo 227 da CRFB, como também o art. 4º do ECA que fundamentam a doutrina da proteção integral.

Uma das maneiras encontradas pelo judiciário para frear o descumprimento das funções parentais é a utilização de sanções em forma de multa (*astreintes*), prevista no §1º do artigo 533 do Novo CPC. A sanção deve ser aplicada, por exemplo, para obrigar ao genitor titular da custódia física, isto é, sua casa como “base de moradia”, que cumpra o dever de proporcionar o convívio familiar com o outro progenitor.

Raduan Miguel Filho (2006), leciona que a multa tem, e deve ter, caráter desestimulador do inadimplemento das obrigações assumidas, motivo pelo qual assume grande importância nesses conflitos de direito de família. A multa cominatória possui ainda um sentido ético, fazendo romper a resistência do devedor, que além de causar, com seu ato, prejuízo ao credor, desrespeita o Estado-Juiz, ao querer impor a perpetuação de seu inadimplemento. Desta maneira, diz-se que a multa não terá neste caso caráter sancionatório ou reparatório, mas age como instrumento de coerção indireta, tendente a dar efetividade ao mandamento judicial.

Uma alternativa que afasta a tentativa de enriquecimento ilícito da outra parte pela aplicação de multa é de que as mesmas sejam revertidas em favor de uma instituição de caridade ou mesmo uma associação que trabalhe em prol da divulgação e conscientização dos efeitos da alienação parental.

Por isso, o descumprimento injustificado e a violação dos deveres pertinentes ao guardião em consonância com o, já consagrado, princípio do melhor interesse do menor, autoriza a aplicação de medidas de proteção a fim de restabelecer e fortalecer os vínculos familiares, nos termos dos artigos 98, inciso II e 100, do ECA, autoriza ainda a imposição de medidas aos pais como advertências, encaminhamento a orientação psicológica, modificação da guarda, podendo chegar ao extremo com a suspensão ou perda do poder familiar, de acordo com artigo 129, da Lei nº 8.069 de 1990 e os artigos 22 e 24, do ECA (CARVALHO,2012).

Outra função pertinente à autoridade parental é a obrigação alimentar, devida quando quem a pretende não tem bens suficientes e não pode prover pelo seu trabalho a própria manutenção, e aquele, de quem reclama, pode fornecê-los sem prejuízos do que é essencial ao seu sustento, conforme o artigo 1.695 do Código Civil.

Os alimentos pressupõem vínculo jurídico, podendo existir de diferentes maneiras dentro do ordenamento jurídico brasileiro de serem aplicados, bem como diversas classificações, mas no presente estudo vamos nos ater aos alimentos devidos pela obrigação parental de alimentar.

Dentro das obrigações de alimentar estão os alimentos, propriamente ditos, vestuário, educação e lazer dos filhos que enquanto crianças e adolescentes são primordiais.

O texto constitucional em seu art. 229 aduz que:

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” e, também no mesmo sentido dispõe o Código Civil em seus artigos 1.566, inciso IV, e 1.568, caput, respectivamente: “São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV – sustento,

guarda e educação dos filhos”, “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.

Além destes, o estatuto da Criança e do Adolescente coleciona em seu art. 22, que: ‘Aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.’.

Portanto, não restam dúvidas da obrigação de alimentar imposta aos pais para com seus filhos.

Quando o filho apresenta condições especiais apresentadas, necessitando de tratamento médico especializado, alimentação especial ou qualquer outro tipo de tratamento diferenciado, deve ser observada tanto a possibilidade do genitor prestador de alimentos quanto a do genitor responsável pela custódia física, pois quando da fixação da base de moradia, esta acarretará ao outro genitor que não deteve a guarda física do filho, a obrigação de prestar alimentos.

Antes mesmo da Lei nº 13.058 de 2014, os tribunais já determinavam a prestação de alimentos na guarda compartilhada, e o valor dos alimentos é influenciado por este regime. Porém, nos meandros da guarda compartilhada é plausível a ocorrência de conflitos quanto a obrigação de alimentar no período de férias em que, hipoteticamente, o menor passaria igual período de convivência com ambos os genitores. Os questionamentos envolvem se há necessidade de neste período continuar provendo os alimentos.

Nos termos do art. 1.694, §1º, estabelece que os alimentos devem ser fixados observando a necessidade do reclamante e a capacidade do reclamado. Todavia, além desses dois critérios estabelecidos em lei, é evidente que um terceiro elemento deve nortear o deferimento de alimentos, qual seja, a proporcionalidade ou razoabilidade. Deve, portanto, o juiz verificar se o montante exigido é razoável para que o alimentando viva de maneira compatível com sua condição social.

Nossa legislação não estabelece um valor como parâmetro, nem em qual percentual dos rendimentos deverá incidir o pressionamento. Todavia, o direito consuetudinário, bem como a doutrina e jurisprudência convencionaram que o valor máximo a ser alcançado seria o de, aproximadamente, 30%, trinta por cento, dos rendimentos do alimentante (ROSA, 2015).

No caso do alimentante dispor de rendimentos certos, os alimentos serão fixados em percentual do salário líquido, calculados a partir do total de rendimentos brutos do alimentante, excluídos os descontos obrigatórios impostos legalmente, como a previdência social e o imposto de renda.

Quando alimentante é assalariado, ocorre o desconto em folha, nos termos do artigo 912 do Novo CPC. O valor poderá ser deduzido de alugueis ou qualquer outro rendimento, desde que possua natureza remuneratória, podendo incidir sobre horas extras, adicional de férias, adicional noturno, entre outros.

Quando o alimentante é autônomo ou empregado com rendimentos variáveis, não há como verificar os rendimentos líquidos do mesmo, pelo que a fixação será feita em salários mínimos.

O ônus probatório da impossibilidade de pagamento é do alimentante e a jurisprudência vem entendendo que a mera apresentação da declaração do imposto de renda pode não ser suficiente para constituir prova. Na medida em que não é lastro probatório capaz de retratar sua efetiva realidade econômica.

Atualmente, frente as modernizações do Poder Judiciário, as redes sociais tornaram-se essenciais aos alimentandos, de forma que se podem observar o que os alimentantes compartilham nos meios digitais, tais como a presença em bons restaurantes, festas, fotos de viagens ou até verificar a posse de carros de luxo. Estas formas de prova podem ser utilizadas pelos alimentados, e devem hoje nortear a fixação de alimentos.

Em regra, a fixação de alimentos o genitor que tem a guarda deve aplicar o valor recebido a esse título no bem estar do alimentando, levantando o questionamento sobre a possibilidade de pedido de prestação de contas pelo alimentante.

A doutrina e jurisprudência adotavam o entendimento que este pedido não poderia ser feito, afirmando que seria irrelevante que uma ação fosse proposta nesse sentido com base no art. 1.589 do Código Civil, dispositivo este que autoriza a possibilidade do genitor que não detém a guarda do filho fiscalizar a sua manutenção e educação, pois não permite a sua ingerência na forma como os alimentos são administrados pelo genitor guardião.

Em contrapartida, integrantes do STJ entendiam, sobre esta questão, que o reconhecimento da má utilização da quantia recebida a título de alimentos pelo genitor detentor da guarda física não gera qualquer vantagem ao genitor alimentante que

ingressa com ação requerendo prestação de contas, pois são os alimentos regidos por irrepetibilidade.

A Lei nº 13.058 de 2014 inseriu o §5º no art. 1.583 do Código Civil a fim de disciplinar este tema. Assim, dispõe o Código Civil que o genitor que não detém a guarda unilateral tem a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos sendo assim “parte legítima para solicitar informações e/ou prestações 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”.

Por isso, a lei permite que, no objetivo de assegurar o melhor interesse da criança, o genitor alimentante, bem como o Ministério Público ou outras pessoas interessadas (familiares), requeira a prestação de contas do genitor que detém a guarda e, portanto, administra o valor pecuniário pago a título de alimentos.

O alimentando também é legitimado a propor a prestação de contas perante o judiciário, tendo em vista que é o interessado direito e o titular do valor recebido como alimentos. Aplica-se, para tanto, o disposto no art. 1.692 do Código Civil, que estabelece que “sempre que no exercício do Poder Familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial”.

Apesar do disposto no art. 1.583, §5º do CC restringir a solicitação de prestação de contas e informações em assuntos que direta ou indiretamente afetem os filhos aos detentores da guarda unilateral, não aparenta a lei apresentar qualquer impedimento para que seja também aplicada esta regra à guarda compartilhada.

Tendo em vista que a guarda compartilhada pressupõe responsabilidade conjunta, não há sentido em restringir o pedido de prestação de conta e informações aos casos de guarda unilateral.

Por fim, a ação de prestação de contas é prevista nos artigos 550 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. A Lei nº 13.058 de 2014, portanto, permitiu uma maior fiscalização, que poderia ser dificultada por genitores que administram de forma temerária a verba recebida a título de alimentos destinada aos filhos.

CONCLUSÃO

A guarda compartilhada foi adotada como regra pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n.13.058/2014, com o objetivo de amenizar as diferenças entre os genitores e viabilizar uma eficaz modalidade que atendesse melhor aos interesses da criança ou adolescente.

Um das mudanças explícitas na lei, foi a de extirpar o paradigma incutido no modelo de guarda unilateral, na qual em sua maioria era concedida à genitora, por ainda ser considerada pela sociedade patriarcal como melhor guardiã dos filhos, por ser mais atenta a educação e cuidados domésticos, todavia ao pai somente era atribuído os alimentos e o direito à visitação, não estabelecendo uma plena convivência e gerando malefícios ao menor, uma vez que não possuía a efetiva participação dos pais e “sai perdendo” em relação a uma atuação conjunta e responsável.

Com a introdução da guarda compartilhada a diferenciação na atribuição de funções destinadas aos genitores é extinta, na medida em que neste modelo é determinada a igualdade parental no exercício do poder familiar, busca-se uma atuação conjunta que melhor atenda aos interesses dos filhos, possibilitando assim um ambiente harmônico para o seu desenvolvimento.

No entanto, o instituto prevê que a sua aplicação, por ser obrigatória, deverá ser aplicada até mesmo quando os pais não possuem consenso quanto a guarda. O que gera críticas por parte da doutrina e por alguns magistrados, na medida em que para a atuação conjunta seja eficaz é necessário um mínimo de consenso entre os genitores, bem como uma convivência pacífica e que seja respeitado os princípios constitucionais pertinentes ao menor envolvido.

Por isso, o magistrado possui uma lacuna para não aplicação da guarda compartilhada, quando diante do caso concreto enxergar desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade humana e o melhor interesse do menor, podendo assim o magistrado aplicar um modelo de guarda correspondente aos interesses do menor.

Vale ressaltar, que o princípio do melhor interesse do menor deve prevalecer sobre a recente alteração do texto do Código Civil, por ser este um princípio constitucional e, portanto, para que cumpra sua respectiva função de ser garantidor, assegurando que um modelo não será arbitrado caso não atenda às necessidades do menor.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12592>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. Código Civil (1916). Disponível em: <<http://goo.gl/Fsq2ZB>>. Acesso em 05 jun.2017.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: <<http://goo.gl/Fsq2ZB>>. Acesso em: 05 jun.2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:<<http://goo.gl/czosnq>>. Acesso em 05 jun. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Disponível em: < <http://goo.gl/cl5gH>>. Acesso em: 05.jun.2017.

BRASIL. Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990).Disponível em: <<http://goo.gl/b6WFot>>.Acesso em 05.jun 2017.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).Disponível em: <<http://goo.gl/b6WFot>>. Acesso em: 04 de jun.2017.

BRASIL. Estatuto da Pessoa com deficiência (2015).Disponível em: <<http://goo.gl/b6WFot>>. Acesso em: 02.jun.2017

BRASIL. Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

BRASIL. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

BOULOS, Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção e guarda. Belo Horizonte. Del Rey, 2010, p.65,71,108-109.

DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. In: Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5. 29. ed. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 617,618,624,625,629,630,637.

DOLTO, Françoise. Quando os pais se separam. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.44.

Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em <<http://goo.gl/eM97xl>>. Acesso em: 14.jun. 2017

Flavio TARTUCE, Alterações do Código Civil pela lei 13.146/215 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: < <http://goo.gl/b6WFot> >Acesso em 14.jun.2017.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação Familiar: *uma parceria a serviço da coparentalidade*. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, março, 2001, p.11.

GESSE, Eduardo. **Guarda da criança e adolescente**: Conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas. Artigo Jurídico. Presidente Prudente. São Paulo. 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.72,168.

GROENINGA, Giselle Câmara. DIRETO À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder Judiciário. Tese de doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo. 2011. Pág. 227.

Guarda compartilhada. In: IBIAS, Delma Silveira. (coord.) Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra eVida, 2012,p.132.

Guarda compartilhada: responsabilidade solidária. In: In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, [coord.] Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.171.

Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.30.

IBIAS, Delma Silveira. Dano Moral e abandono afetivo. In: BARBERDO, Claudia gay(coord.). Debates contemporâneos sobre o direito de família. Porto Alegre.: ED. UniRitter,2012, p.126.

LAUX, Maria Aparecida Bernart; **RODI**, Claudia. Compartilhamento da guarda e a proteção integral do infante. **Revista Jurídica**, v. 7, n.14, p. 175-193, ago/dez. 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil aplicado. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, V.5, 2005, p.198,266, 277; **LÔBO**, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, VXVI, 2003, p.187-188; e **RODRIGUES**, Silvio. Direito Civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, v.VI, 2004, p.355. A nomenclatura “autoridade parental” foi acolhida no Projeto de Lei n. 2.285/2007 (Estatuto das Famílias).

LEONARDO GRECO, Publicismo e privatismo no processo civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 164, out. 2008, pp. 42, 46.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p.60.

LISBOA. Lei n.84/95 de 31 de agosto de 1995. Altera os arts. 1.905 e 1.906 do Código Civil Português, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <<http://goo.gl/dVu5Ez>>. Acesso em 16.jun.2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173,268). Em contrário, defendendo o caráter preferencial do parentesco: **NADER**, Paulo. Op. cit., p. 246.

Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2014, pag.137,152.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.423

MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia, Porto Velho, n. 14, 2006, p. 90.

NEVES, Edson Alvisi; **PIMENTEL**, Fernanda Pontes. A Lei n.º 13.058/2014 e seus reflexos sobre a fixação da guarda compartilhada no Brasil. Revista de Direito Comparado: Scientialvridica-Tomo LIV, 2015, nº338; p.171,179.

Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: **TARTUCE**, Flávio; **CASTILHO**, Ricardo (Coord.). Direito Civil Direito patrimonial -Direito existencial: Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 645-663.<<http://goo.gl/gnZolR>>. Acesso em 16.jun 2017.

OSORIO, Fábio dos Santos. Guarda Compartilhada. Artigo Científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 20 fls. Rio de Janeiro. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, [coord.] Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.171.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. IBDFAM. Disponível em: <<http://goo.gl/H2haf>> Acesso em 02.jun. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais norteadores do direito de família, 2.ed, São Paulo: Saraiva, 2012,p.150.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/1CAVOG>>. Acesso em: 02.jun.2017.

RÉGIS, Mario Luiz Delgado. II. **COLTRO**, Antônio Carlos Mathias. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p.286.

RIBEIRO, Leonardo. **O Instituto da Guarda**. Nov. 2007. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-Da-Guarda/pagina1.html>>. Acesso em: 02jun.2017

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente. Belém. CEJUP. 1997.

ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo horizonte: Del Rey,2012,

ROSA, Conrado Paulino da Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p.50,51,59,105,120,129,131.

ROSA, Conrado Paulino da.ifamily: um novo conceito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSATO, Luciano; **LÉPORE**, Paulo; **SANCHES**, Rogério. Estatuto da Criança e do adolescente comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. P.187

SCHEIBER, ANDERSON. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil. N.22,abr./jun.2005,p.62

SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 4. Ed. Leme: Mizuno, 2015, p.16,18,30,31,47,54,68,74,79,90,91,94.

SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito Ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <<http://goo.gl/ZRx1HI>>. Acesso em: 20.jun 2017.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda dos Filhos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 24.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família,n.32, out/Nov.2005,p. 115-116,151