UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

LETÍCIA DE MORAES LONGO

A GUARDA COMPARTILHADA E A PENSÃO ALIMENTÍCIA

Tubarão

2017

LETÍCIA DE MORAES LONGO

A GUARDA COMPARTILHADA E A PENSÃO ALIMENTÍCIA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.

Tubarão

2017

LETÍCIA DE MORAES LONGO

A GUARDA COMPARTILHADA E A PENSÃO ALIMENTÍCIA

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 01 de dezembro de 2017.

Professora e orientadora Maria Nilta Ricken Tenfen, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Agenor de Lima Bento, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Ricardo Willemann, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico esse trabalho, especialmente, ao meu pai, Seldon Longo, que sempre foi minha inspiração, alegria e agora meu anjo, que do céu cuida de mim e, com certeza, deve estar feliz pela conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, Maria Nilta, que é fonte de inspiração e modelo de profissional que quero ser, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho, pelo suporte, pelas suas correções e incentivos.

Agradeço imensamente à minha mãe, Nadir, que é minha melhor amiga, meu amor, minha base, minha força, por seu amor, paciência, incentivo nas horas difíceis, e por estar sempre ao meu lado. A ela, minha eterna admiração e amor mais profundo.

Agradeço infinitamente ao meu pai, Seldon, melhor pessoa que conheci, por seus ensinamentos, ele que tanto trabalhou para que eu chegasse até aqui e que está junto de mim, em todos os momentos, me cuidando e guiando, lá do céu. Meu amor e minha saudade eterna.

Ao meu irmão, Matheus, meu companheiro e amigo, por sempre me lembrar de que a fé e o esforço movem o mundo.

Ao meu noivo, Michel, por seu carinho, amor, paciência, e por estar sempre comigo nos melhores e piores momentos, a minha gratidão e o meu amor infinito.

A toda a minha família, meu alicerce e o motivo de conseguir concluir esse trabalho, meus sinceros agradecimentos.

“Por vezes, sentimos que aquilo que fazemos não é, senão, uma gota de água no mar. Mas, o mar seria menor se lhe faltasse uma gota” (CALCUTÁ, Maria Teresa de).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a obrigação alimentar na guarda compartilhada. Ao longo do artigo, aborda-se a origem, a definição, as características e as formas de aplicação do instituto da guarda compartilhada, que foi inserida na legislação brasileira com o advento da Lei n° 11.698, de 13 de junho de 2008, e, posteriormente, alterada pela Lei n° 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Assim, traz um estudo sobre o poder familiar, discutindo os direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos, além de uma breve explanação sobre o instituto da guarda, analisando-a, no contexto de fato e de direito. Em seguida, as modalidades de guarda são abordadas, com enfoque principal sobre a guarda compartilhada e sua aplicação no ordenamento jurídico, além do princípio do melhor interesse da criança, que envolve o instituto da guarda. Finalmente, chega-se à discussão central, qual seja, o dever de prestar alimentos quando fixada a guarda compartilhada. Assim, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o trabalho irá demonstrar se é possível a fixação da prestação alimentar com a introdução da modalidade da guarda compartilhada.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Alimentos. Poder familiar. Obrigação alimentar.

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the child support obligation in the shared custody. The source, definition, characteristics and forms of application of the shared custody modality will be discussed throughout this essay. This topic was inserted in Brazil's legal system with the advent of Law 11.698 from June 13, 2008, later amended by Law 13.058 from December 22, 2014. Furthermore, it brings a study on family power, discussing parental rights and obligations regarding their children, as well as a brief explanation on the custody institute, analyzing it in the context of fact and law. Next, the custody modalities are addressed, focusing on the shared custody and its application to the legal system combining the principle of the child's best interest. Finally, it gets to the main point, which is, the legal duty to provide child support when the shared custody is arranged. Through doctrinal and case law understandings, this essay will show if it is actually feasible and permitted to arrange child support in the shared custody modality.

Keywords: Shared custody. Family power. Child support obligation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA 12
1.2 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA 12
1.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA 15
1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS 15
1.5 JUSTIFICATIVA 16
1.6 OBJETIVOS 18
1.6.1 Geral 18
1.6.2 Específicos 18
1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO 18
1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS 19
2 DA FAMÍLIA 20
2.1 DO PODER FAMILIAR 21
2.2 DA AUTORIDADE PARENTAL 24
2.3 DIREITOS E DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO À PESSOA DOS FILHOS 25
3 DA GUARDA 30
3.1 DA GUARDA DE FATO 31
3.2 DA GUARDA DE DIREITO 32
3.3 DA GUARDA E SUAS MODALIDADES 32
3.3.1 Da guarda unilateral ou exclusiva 34
3.3.2 Da guarda alternada 35
3.3.3 Guarda nidal 36
3.3.4 Guarda atribuída a terceiros 37
3.3.5 Da guarda compartilhada 38
3.4 DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO 40
3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO 42
4 ALIMENTOS 44
4.1 BREVE HISTÓRICO 44
4.2 PRINCÍPIOS 49
4.3 FORMAS DE ALIMENTOS 51

4.4 PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA 54
4.5 TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL DIANTE DA LEI Nº 13.058/14 57
5 CONCLUSÃO 61
REFERÊNCIAS 62
ANEXOS ..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
ANEXO A - Agravo de instrumento N. 4008214-10.2016.8.24.0000 66
ANEXO B - Apelação cível n. 2015.052996-0 73
ANEXO C - Agravo de instrumento n. 2015.027842-7 85

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito, intitulada "A GUARDA COMPARTILHADA E A PENSÃO ALIMENTÍCIA", tem como objetivo discorrer sobre a guarda compartilhada, apontando desde um breve histórico dos alimentos, seus princípios e as formas de alimento no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela evolução da guarda até chegar-se na guarda compartilhada, cujo ponto principal advém das modificações implantadas através da Lei nº 13.058/2014, no Código Civil Brasileiro.

O tema, ora apresentado e desenvolvido, é de grande importância, e não tem o intuito de esgotar o assunto nele tratado, mas, sim, analisar as concepções jurídicas, no que diz respeito a obrigação alimentar na modalidade de guarda compartilhada. Têm divergentes posicionamentos na doutrina e jurisprudência, além de ser também polêmico.

Com a vigência da Lei n° 11.698/2008, também conhecida por Lei da Guarda Compartilhada, e mais tarde alterada pela Lei nº 13.058/2014, surgiram inúmeras discussões com relação à possibilidade de se pretender a fixação, a redução ou a exoneração dos alimentos destinados ao filho, tendo em vista que ele está sob a responsabilidade conjunta dos genitores, ainda que em lares e períodos distintos.

Para a pesquisa, será utilizada a metodologia dedutiva, partindo do ordenamento jurídico pátrio, bem como os princípios e garantias que abrangem a fixação de alimentos, essencialmente a análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial. Para tanto, a pesquisa será realizada por meio de levantamento e seleção bibliográfica e análise interpretativa dos fundamentos dos principais julgados acerca da prestação alimentar, com a introdução da modalidade da guarda compartilhada.

Assim, o objetivo primordial deste trabalho é discorrer sobre as principais mudanças ocorridas com a aplicação da Lei nº 13.058/2014, no que diz respeito ao cumprimento da obrigação alimentar dos genitores na guarda compartilhada, e analisar comparativamente os argumentos, atualmente, utilizados, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, para demonstrar se é possível a fixação da prestação alimentar com a introdução da modalidade da guarda compartilhada.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

A guarda compartilhada e a pensão alimentícia.

1.2 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

Inicialmente, antes de adentrar efetivamente no tema proposto para a presente monografia, vê-se necessário explanar sobre o conceito de família e o pátrio poder.

A família é uma realidade sociológica, onde, de modo geral, o indivíduo provém de uma organização social que permanece vinculado durante sua existência terrestre, desta forma, constituindo a base do Estado. Por esse motivo, o direito de família é intimamente ligado à própria vida, merecendo seu regulamento.

Difícil é encontrar uma definição exata de família, uma vez que o legislador se absteve de engessá-lo no ordenamento jurídico brasileiro, somente reportando e estabelecendo sua estrutura, com uma definição ampla e volátil, restando à doutrina conceituá-la.

Merecem destaques as mudanças ocorridas na metade do século XX, com o advento da Constituição Federal de 1988. Dentre elas, a que revolucionou e alargou o conceito de família, protegendo igualitariamente a todos os membros, destinados àqueles partícipes dessa união ou os descendentes, essencialmente a proteção da família constituída, o casamento civil bem como sua dissolução, igualdade entre homens e mulheres no casamento e dos filhos havidos, ou não, do casamento e/ou por adoção (BRASIL, 1988; DIAS; PEREIRA, 2006, p. 3-4).

Com intuito de harmonização no ordenamento jurídico brasileiro, uma Comissão de juristas construiu o novo Código Civil, dividido em cinco Livros especiais, além da Parte Geral, sendo o Livro IV, intitulado “Do Direito de Família”, publicado em 10 de janeiro de 2002, passando a vigorar o Código Civil de 2002 no dia 11 de janeiro de 2003 (BRASIL, 2002).

Como já dito anteriormente, a família é uma realidade sociológica, ou seja, é o primeiro agente socializador do ser humano, conclui-se, então, que o desenvolvimento de uma nação está inserido na infância, devendo este ter privilégio na sua garantia e nos demais direitos individuais.

Nessa vereda, o poder familiar dos pais é estabelecido pela sociedade em virtude da parentalidade e visando ao interesse dos filhos, pois, os deveres e as obrigações derivadas do poder familiar, transcendem à existência, ou não, do casamento. E, neste sentido, Grisard Filho (2009, p. 46) assevera que pai e mãe são, conjunta, igualitária e simultaneamente, os sujeitos

ativos do exercício do poder familiar, como efeito da paternidade e da maternidade, e não do matrimônio ou da união estável.

No que concerne à guarda e companhia dos filhos menores, quando não há acordo entre os genitores, é atribuída àquele que apresentar melhores condições para cuidar da criança e/ou adolescente e exercê-la da melhor maneira possível, sempre visando ao melhor interesse da criança ou adolescente.

Em regra, a guarda dos filhos é exercida conjuntamente entre os genitores, somente sendo individualizada quando ocorre a separação. Portanto, havendo a dissolução da sociedade conjugal, tem que se definir qual dos genitores será o guardião da criança e/ou adolescente. Posto isso, poderá ser feita, de forma consensual entre os genitores, bastando que haja um acordo de vontade entre ele, ou, caso contrário, será feita de forma judicial, determinada pelo juiz.

A Lei n°. 13.058/2014 instituiu a guarda compartilhada, tendo como objetivo básico a distribuição de forma igualitária do tempo de convivência entre os pais, além de dividirem as despesas e as responsabilidades quanto à criação e a educação dos filhos (BRASIL, 2014).

Segundo Tartuce (2014, p. 669), a guarda compartilhada é conhecida como aquela em que há o comprometimento e a responsabilidade dos genitores de forma conjunta, e o exercício de direitos e deveres dos mesmos que não vivam na mesma casa, pertencentes ao poder familiar dos filhos em comum.

A Guarda Compartilhada ou conjunta é regulamentada pelo artigo 1.583, § 1º do Código Civil de 2002, e pela Lei n°. 13.058/2014, que a define como sendo "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, 2002).

Acerca da denominação guarda conjunta, Quintas (2009, p. 32) afirma que a denominação compartilhada é a mais adequada, eis que "expressa melhor o sentindo de cooperação que se espera dos pais. Compartilhar tem como sinônimo participar, já a guarda conjunta seria a guarda unida, junta, simultânea".

A Lei n°. 13.058/2014 e o ECA têm como princípios primordiais o melhor interesse da criança e/ou adolescente e a sua proteção integral (BRASIL, 2014). Portanto, as varas de famílias judiciais começaram a adotar um novo modelo quando da definição da guarda, com base nas convicções de cooperação mútua entre os genitores, e buscando um acordo realista que envolva, principalmente, o comprometimento de ambos os genitores no zelo com seus filhos.

O artigo 1.584, §1° e 2°, do CC/02 dispõe que o juiz deverá aplicar a guarda compartilhada sempre que possível, e deve informar aos genitores seu significado e os direitos e deveres que lhes serão atribuídos aos genitores e as penalidades, se houver a inobservância das cláusulas estabelecidas no referido artigo (BRASIL, 2002).

Sobre a guarda unilateral e a alternada, surgiram diversos dispêndios e críticas que levaram o legislador/magistrado a optar pela guarda compartilhada, que é aplicada somente quando há mútuo acordo entre os cônjuges. Essa modalidade é a que melhor abrange o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, pois, na guarda compartilhada, os pais dividem, entre si, as responsabilidades com a criança e/ou adolescente, visando sempre a garantir o melhor convívio possível entre os pais e os filhos.

Por conseguinte, com a ruptura da sociedade conjugal e afetiva, surgem muitas dúvidas na cabeça da criança e/ou adolescente, uma vez que a base familiar se abala em virtude disso. Mas, com o implemento da guarda compartilhada, a criança e/ou adolescente terá um convívio saudável com os genitores, e estes terão um bom relacionamento entre si, desta forma, garantindo que a criança não sofra com problemas emocionais e psicológicos, que podem surgir quando implementada uma das demais modalidades de guarda.

Cabe salientar que, aos pais, serão atribuídas responsabilidades igualitárias, para que os genitores tenham uma boa relação e não ocorra a síndrome da alienação parental.

Assim, a Guarda Compartilhada permite um convívio dos genitores com a criança e/ou adolescente de forma igualitária, tendo como finalidade proporcionar o melhor estilo de vida para o filho em comum, e para que haja o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos.

Com relação à pensão alimentícia, no vocabulário comum, os alimentos são apontados como substancial para a satisfação das primordialidades vitais de qualquer pessoa. Já juridicamente, o vocábulo da pensão alimentícia tem, entretanto, sentido muito mais amplo do que no vocabulário comum, não se limitando ao sustento da pessoa a somente o necessário para sua subsistência.

A pensão alimentícia, como expressão utilizada no campo do direito, tem uma interpretação de grande amplitude, pois, compreende não só o imprescindível ao sustento das crianças/adolescentes, como também o básico à subsistência da condição social e moral do alimentando.

Assim, a pensão alimentícia não engloba somente comida e habitação, mas, sim, toda a indispensabilidade que é primordial a qualquer ser humano para viver com dignidade.

Portanto, a pensão alimentícia deve servir para proporcionar ao alimentando ter acesso à educação, saúde, vestuário, cultura e lazer.

Conforme preceitua o art. 1.694, do Código Civil de 2002, a pensão alimentícia consiste em prover o sustento da criança/adolescente através de recursos materiais necessários, e deve ser estabelecida de acordo com as necessidades do alimentando e de acordo com as possibilidades do alimentante, para que seja garantido ao alimentando uma vida digna (BRASIL, 2002).

1.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A modalidade de Guarda Compartilhada, regulamentada pela Lei n°. 13.058/2014, exclui a obrigação de prestação da pensão alimentícia?

1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Para o entendimento do tema proposto, é necessário expor, resumidamente, o que significa o **Poder Familiar**, o instituto da **Guarda Compartilhada**, qual a finalidade dos **Alimentos** e de que forma é implementada a **Pensão alimentícia na guarda compartilhada**.

Poder Familiar: Como já dito anteriormente, houve uma grande mudança no conceito de poder familiar ao longo da história, eis que o pátrio poder deixou de ser a autoridade suprema do *pater* sobre a família, para dar espaço ao afeto e à igualdade. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram novos princípios e provocaram mudanças significativas e positivas na estrutura familiar. A família, antigamente, se formava através do sacramento do casamento, tendo como única finalidade adquirir patrimônio e procriar, diferentemente da família atual, que se forma pelo afeto e por meio do convívio entre as pessoas. Sobre o tema, aduz Diniz (2007, p. 378) que o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.

Guarda Compartilhada: A lei da guarda compartilhada determina que, quando não houver acordo entre os pais, quem irá decidir prioritariamente que a guarda do filho seja compartilhada será o juiz. Cabe exceção se uma das partes abrirem mão da guarda, ou em caso de o juiz avaliar que um dos genitores não esteja apto para cuidar do filho. Na guarda compartilhada, os genitores dividem responsabilidades e despesas quanto à criação e educação dos filhos, isso significa que ambos têm os mesmos deveres e as mesmas obrigações, e também

oportunidade igual de convivência com eles. Quintas (2009, p. 28), diz que a guarda compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que detêm a guarda legal dos mesmos. O controle é praticado concomitantemente e todas as decisões importantes são tomadas em comum acordo entre os genitores. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a separação do casal, dando continuidade à relação de afeto construída entre pais e filhos, e evitando disputas que poderiam afetar o desenvolvimento da criança e/ou adolescente.

Alimentos: Como já explanado, os alimentos são prestações que servem para satisfazer as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Miranda (1974, p. 207) compreende que alimentos é tudo que for imprescindível para a necessidade da vida social de cada um. Os alimentos possuem o sentido de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e às despesas de criação e educação da prole.

Viabilidade/obrigatoriedade da pensão alimentícia na guarda compartilhada: Na guarda compartilhada, embora as decisões a respeito dos filhos sejam tomadas por ambos os pais, na prática, a guarda, de fato, fica com apenas um dos genitores, e ao outro cabe à obrigação de ajudar financeiramente nas despesas, porém, os valores da pensão poderão ser previamente acordados. Assim, além de dividirem os cuidados e as principais decisões sobre os filhos, os pais também devem dividir as despesas.

1.5 JUSTIFICATIVA

A necessidade de estudar tal tema surgiu ao verificar que, mesmo após a criação e implementação da guarda compartilhada, ainda há relutância por parte de magistrados e genitores em estabelecer e aceitar essa modalidade, eis que há muitos questionamentos acerca da sua eficácia, e da maturidade dos genitores para exercer essa espécie de guarda.

Apesar dessa relutância, o legislador, quando instituiu a Lei n° 11.698/2008, mais tarde alterada pela Lei n°. 13.058/2014, colocou a guarda compartilhada como espécie preferencial de guarda a ser estabelecida, pois entende que essa modalidade é positiva e busca o melhor interesse da criança e do adolescente.

O tema, ora pesquisado, é de grande relevância, não tem o propósito de esgotar o assunto nele tratado, mas, sim, analisar as perspectivas jurídicas pertinentes à obrigação alimentar na modalidade de guarda compartilhada. Têm divergentes posicionamentos na doutrina e jurisprudência, além de ser, também, polêmico. Com a vigência da Lei n°

11.698/2008, também conhecida por Lei da Guarda Compartilhada, e posteriormente alterada pela Lei nº 13.058/2014, surgiram inúmeras discussões com relação à possibilidade de se requerer a fixação, a redução ou a exoneração dos alimentos destinados à criança/adolescente, tendo em vista que ele está sob a responsabilidade exercida de forma conjunta pelos genitores, ainda que em casas e períodos distintos.

A acadêmica teve interesse em realizar tal pesquisa, pois, analisando de maneira pouco aprofundada o instituto da guarda compartilhada, em um primeiro momento, pode-se concluir, equivocadamente, ou não, que o sustento da criança/adolescente como uma obrigação inerente aos genitores, impossibilitaria a fixação judicial de alimentos a serem pagos em favor do filho. Tal pensamento/conclusão teria fundamento no fato de que ambos os genitores seriam guardiões e, portanto, representantes legais do menor. Assim, os genitores já seriam responsáveis, solidariamente, pela obrigação de sustento do filho.

O que ocorre é que, em determinadas situações, os genitores não conseguem acordar acerca das responsabilidades que cada um deve ter aos filhos, já que se trata de uma modalidade que requer o entendimento e a tomada de decisões de forma conjunta.

O que gerou dúvida foi se caso um dos genitores não atenda às necessidades do filho e não proporcione uma vida digna ao menor, qual seria o meio de conseguir isso, mesmo com a determinação da guarda compartilhada. Também pode ser verificado que é possível que um dos genitores se omita no que diz respeito às suas obrigações perante a criança/adolescente, que dependente de seu amparo, tanto afetivo como financeiro.

Nesse caminhar, mais do que estudar e se aprofundar na modalidade da guarda compartilhada, faz-se importante o desenvolvimento do projeto, afim de que se obtenha o entendimento de quando a pensão alimentícia deve ser aplicada a um dos genitores.

Oportuno, também, para a acadêmica, a análise aprofundada dos recentes julgados, acerca de quais medidas estão sendo impostas aos genitores que não cumpram com os deveres inerentes da guarda compartilhada, visto que é dos julgados, os reflexos e consequências que norteiam tal assunto.

Apesar de não ser um tema tratado como algo novo no campo jurídico, na extensão social e prática, tal pesquisa ainda pode ser distinguida como elemento novo, repleto de diferenças a serem consideradas pelos intérpretes jurídicos e colaborar para o conhecimento e aprofundamento do tema.

Assim, a importância desta pesquisa está no intuito de fazer com que, diante das evoluções e mudanças que o instituto da Família sofreu nos últimos anos, a sociedade

compreenda que a guarda deva ser definida sempre favorecendo e levando em consideração o que será melhor para a criança/adolescente.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Geral

Analisar as modalidades de guarda, especialmente a guarda compartilhada, e verificar, se com essa modalidade, se faz necessário, ou não, o dever de um dos genitores pagar pensão alimentícia à criança e/ou adolescente.

1.6.2 Específicos

Traçar o histórico do instituto de família e do poder familiar até os dias atuais.

Demonstrar como o poder familiar sofreu alterações no decorrer do tempo e na vigência do Código Civil de 2002.

Identificar as peculiaridades de cada modalidade de guarda, com observância à guarda compartilhada.

Avaliar quais as vertentes utilizadas pelos julgadores para as decisões que concedem os alimentos na guarda compartilhada.

Identificar o(s) ponto(s) basilar(s) utilizado(s) pelos julgadores que indeferem os alimentos na guarda compartilhada.

Comparar as decisões jurisprudenciais, do referido instituto, no âmbito civil, bem como os ensinamentos doutrinários e suas controvérsias.

1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

O delineamento da pesquisa, segundo Gil (1995, p. 70), “refere-se ao planejamento da mesma em sua dimensão mais ampla”, ou seja, neste momento, o investigador estabelece os meios técnicos da investigação, prevendo-se os instrumentos e os procedimentos necessários utilizados para a coleta de dados.

1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

A presente monografia pretende, no primeiro capítulo, tratar sobre o poder familiar e sobre os direitos e deveres dos pais com relação aos filhos. No segundo capítulo, trata sobre a guarda, breves considerações abordando as modalidades de guarda, tendo como enfoque a guarda compartilhada, e demonstrará, dentro do possível, posições doutrinárias a respeito da guarda compartilhada de acordo com a lei atual.

Por fim, o terceiro capítulo trata, exclusivamente, sobre o conceito de alimentos, seus princípios e formas de alimentos, abordando a posição doutrinária frente à obrigação alimentar na modalidade de guarda compartilhada, bem como irá demonstrar posições doutrinárias e jurisprudenciais diante da lei atual.

2 DA FAMÍLIA

A família é a essência da sociedade, é o lugar no qual a pessoa se estabelece mais intimamente. A pessoa é inserida na família pelo nascimento, pela adoção ou por laços afetivos, sendo certo dizer que, através da família, o indivíduo adquire seu caráter e sua personalidade, tornando-se, assim, um bem essencial e básico para a formação pessoal do indivíduo.

Nos preceitos de Gonçalves (2012, p. 17-18) sobre o tema, o termo "família" englobaria pessoas tanto ligadas por sangue, ou ligadas pela afinidade ou adoção. Assim, compreenderia os cônjuges, companheiros e demais parentes. Entretanto, as leis, em maioria, referem-se à família como sendo constituída pelos pais e filhos, embora os últimos não sejam essenciais à sua configuração atualmente. O objeto do Direito de Família seria o complexo de disposições sobre as múltiplas relações existentes num seio familiar, sejam elas de cunho pessoal ou patrimonial.

Já Venosa (2005, p. 18) afirma que família, em conceito amplo, "é o conjunto de pessoas unidas por vinculo jurídico de natureza familiar", e em conceito limitado, "compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder".

Diniz (2007, p. 9), sob outra visão, denota que, amplamente, a família compreende "todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vinculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos", dizendo assim que, no sentido restrito, a família seria formada apenas pelos laços do matrimônio e da filiação (cônjuges e filhos), o que demonstra claramente que a visão doutrinária é conservadora e dominante.

Podem-se verificar várias instituições dentro da própria instituição familiar, tais como o namoro, noivado, casamento, a vida conjugal e seus papéis – pai, mãe, sogros, tios etc. Porém, Mello (2009) reconhece que, embora se averigue, em cada sociedade, formas diferentes de família, tem um reconhecimento universal, sendo certo afirmar que o termo "família" é inexato, mas pode significar grupos compostos de pais e filhos, uma linhagem patrilinear, bem como um grupo cognático ou um grupo de parentes e seus descendentes que vivem juntos.

A família é uma instituição criada muito antes do Direito ou do Estado. A instituição familiar é protegida pelo Direito porque é um instituto anterior a ele e, até mesmo, anterior ao Estado, bem como é a base do Estado, sendo correto afirmar que esses decorrem daquele. O Estado, considerado com nação, é uma grande família. Veja-se:

> Não foi, portanto, nem o Estado nem o Direito que criaram a família, pois foi esta que criou o Estado e o Direito, como sugere a famosa frese de Rui Barbosa: 'A pátria é a

> família amplificada'. Como a primeira base da organização social, a família deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico (MORAES, 2014, p.72).

Com o passar do tempo, o instituto familiar originário, assim como as relações ocorridas no seio familiar, passou a ser regulado pelo Direito, surgindo, assim o Direito de Família, cujo objetivo é ajudar a manter a família para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão.

É necessário que o Direito evolua da mesma forma que o conceito do instituto em fomento, sendo indispensável que haja um acolhimento jurídico-legislativo para acompanhar o processo de evolução da "família" como instituto de Direito, uma vez que ele é o seu âmago.

A sociedade evolui e avança de acordo com o momento histórico vivido, até que os fatos e acontecimentos tornem-se tão claros e óbvios que nada reste ao legislador, senão determiná-los, e a família, dentro do conceito jurídico, "foi um dos organismos que mais sofreu alterações, justamente em virtude da mutabilidade natural do homem". (GAIOTTO FILHO, 2013).

2.1 DO PODER FAMILIAR

O conceito de família vem se readaptando às novas circunstâncias apresentadas pela sociedade contemporânea e, para chegar à atual conjuntura, muitas mudanças ocorreram durante o passar do tempo.

O termo poder familiar, expresso nos arts. 1630 a 1.638, do atual Código Civil (BRASIL, 2002), sofreu constantes e profundas evoluções, com o passar dos anos. Anteriormente, era denominado somente como Pátrio Poder, durante a vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

O vocábulo Pátrio Poder foi originariamente instituído na Roma Antiga, e estava associado à figura do *Pater famílias*, que seria um chefe de família, qual detinha poder, assemelhado a um direito de propriedade, sobre os filhos e a esposa. A família era tida como unidade e o patriarca/provedor da família caracterizava-se pelo poder concentrado e ilimitado quanto aos assuntos referentes à casa e à esfera familiar. Daí decorre a sociedade machista, onde o pai tinha a obrigação de prover o necessário à subsistência da família, de forma a ter plenos poderes sobre os filhos (DIAS, 2009).

Grisard Filho (2009, p. 35) traz o conceito gerado por José Antônio de Paula Santos Neto, onde o poder familiar confere ao antigo poder:

> O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.

Alheia à capacidade jurídica e sujeita às condições impostas pelo patriarca, a mulher era tratada como mero objeto, que realizava trabalhos domésticos, atividades relacionadas à agricultura e cuidava dos filhos.

É importante ressaltar que valores retrógrados do Pátrio Poder foram enraizados ao Código Civil de 1916. Exemplo nítido é o artigo 380, a qual cita: "Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade" (BRASIL, 1916).

Muitas alterações ocorreram com a transição para o Século XX, e a principal delas, no Direito de Família, refere-se ao recomeço da democracia familiar. O Código de 1916 conferia o pátrio poder à figura exclusiva do pai/marido, que era o chefe da família, da sociedade conjugal, e na falta ou impedimento deste, a mulher comandava esta sociedade. Assim, a mulher passou a ter independência sobre a sua vida pessoal e profissional, deixou de obedecer às imposições dos homens e passou de dona de casa, a mantedora do sustento familiar, a dividir responsabilidades e atribuições relacionadas à casa e aos filhos.

Neste contexto, Teixeira (2002, p. 129) discorre acerca da autoridade parental:

> As mudanças ocorridas no âmbito da família foram decisivas para as transformações do conteúdo da autoridade parental. Uma das alterações mais significativas foi o exercício conjunto do múnus, estabelecido como consequência do Princípio Constitucional da Igualdade (arts. 5º, I, e 226, § 5º, CF/88). A mãe, que exercia o pátrio poder apenas de forma subsidiária (art. 380, CCB/1916), passou a compartilhar com o pai o exercício da autoridade parental (art. 1.631, CCB/2002). O mesmo ocorreu com a direção da família, que também passou a ser diárquica, sem qualquer privilégio masculino.

A atuação conjunta dos genitores em atribuições referentes ao processo de desenvolvimento da prole, a consagração da isonomia e o fim das desigualdades entre homem e mulher, os genitores, no que tange ao poder familiar, ocorreu e é conceituada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 5º, no qual afirma que:

> 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**. [grifo nosso]

Ademais, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, a concepção de igualdade entre os pais e o fim da subordinação da mulher frente ao homem, ganha mais um reforço, conforme o artigo 2.110:

> Art. 21. O Poder Familiar 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 (BRASIL, 1990).

O Poder Familiar segundo Gonçalves (2012) e Diniz (2009) constitui dever público, por ser imposto pelo Estado aos pais, "uma espécie de função correspondente a cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo" (DINIZ, 2009, p. 553). Sendo assim, o Poder Familiar é algo inerente à pessoa humana, e "por isso, não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido" (GONÇALVES, 2012, p. 398). Assim, o poder familiar é irrenunciável, inalienável ou indisponível, imprescritível, incompatível com a tutela e ainda tem natureza de uma relação de autoridade. E neste contexto:

> É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirasse de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado. [...]
> O poder familiar é também imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei. É ainda incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar (GONÇALVES, 2012, p. 398).

Ademais, a Lei nº. 10.406/2002 - Código Civil, no rol do Livro IV, subtítulo II, capítulo V, trata sobre o poder familiar, e, no mesmo contexto, o ECA trata sobre o instituto do poder familiar. Assim, segundo regulamenta o ECA, o poder familiar é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil (BRASIL, 2002; BRASIL, 1990).

Assim, o Poder Familiar deverá ser exercido por ambos os pais, em paridade de condições. No entanto, a convivência dos pais não é requisito para sua titularidade. Caso haja divergências às condições estabelecidas, o Poder Judiciário deverá ser provocado. O Poder Familiar sucede o Pátrio Poder e reconhece aos genitores, através do artigo 1.630, do Código Civil vigente, a atuação simultânea no exercício de criação e educação dos filhos, enquanto menores de idade.

Por conseguinte, o Código Civil de 2002 e o ECA, constituem microssistemas, como determina Dias (2009), a qual salienta a análise de Paulo Lôbo: "não se vislumbra contradição (cronológica ou de especialidade) entre o ECA e o Código Civil, não se podendo alvitrar sua derrogação, salvo quando à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar" (DIAS, 2009, p. 385-386).

Ressalta-se que, quando exigido a concordância de ambos, a pronunciação de um dos genitores não guarnece e nem exonera a responsabilidade do outro. Assim sendo, caberá o adimplemento de autorização judicial, a suspensão ou exclusão do outro genitor quanto à condição de Poder Familiar.

Destarte, ante a nova realidade exposta, observa-se que o ordenamento jurídico sofreu adequações na tentativa de viabilizar formas alternativas para minimizar o sofrimento e possíveis prejuízos emocionais, tanto na relação entre os genitores, como na relação com os filhos.

2.2 DA AUTORIDADE PARENTAL

Sob a proteção dos princípios constitucionais efetivados no paradigma do Estado Democrático de Direito, o poder familiar deve ser lido como extensivo à toda a família, e é neste contexto que Teixeira (2010, p. 204) discorre acerca da nomenclatura autoridade parental, segundo a qual julga mais adequada, "por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga de deveres do que de poderes, para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha a estrutura biopsíquica adequada". Isso ocorre a partir do momento em que a criança e adolescente ganham proteção especial, por serem pessoas em desenvolvimento, que estão construindo sua personalidade e dignidade (TEIXEIRA, 2010). Assim, Abrahão (2007) pondera acerca da terminologia autoridade parental, que é defendida por Lôbo e Leite.

> Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil, Leite (1997, p. 192) já se manifestava pela utilização da expressão "autoridade parental" como a mais adequada para o instituto hoje denominado poder familiar. Defendia a autor que a expressão referida estava mais de acordo com o entendimento de que, ao invés de um poder, trata-se muito mais deum dever dos pais para com os filhos, assim como a expressão "parental" traduza noção de que deve ser exercido em igualdade de condições por pai e mãe, e não mais pelo pai. Além disso, nas palavras de Villela (1980), "autoridade é um conceito dominado pela ideia de função e na sua linhagem evangélica toma o sentido mais profundo de dom e serviço". Está, pois mais próxima à ideia de múnus, de deveres dos pais perante seus filhos.
> Lôbo (2001), por sua vez, também defende a expressão autoridade parental [...] (ABRAHÃO, 2007, p. 35).

Teixeira (2010) se posiciona como sendo a terminologia autoridade parental a mais adequada para se utilizar:

> [...] O vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo autoridade traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade (TEIXEIRA, 2010, p. 204).

Cabral (2010) explica que a família assume um novo conceito, a partir da Constituição da República de 1988, onde o amor e o afeto passaram a ser determinantes na construção e caracterização da família:

> [...] a família passa por importantes e sensíveis evoluções. A primeira delas é o princípio da igualdade entre os cônjuges que por via de consequência direta extingue o pátrio poder e institui o poder familiar, agora exercido pelo casal, em igualdade de condições; além de determinar que a administração do lar passa a caber a ambos. A segunda grande diferença é que a Constituição Federal determina a isonomia entre os descendentes, o que faz cessar qualquer tipo de desigualdade entre irmãos, independente da origem da filiação. Outro divisor de águas é a afetividade, a trazer como consequência o fato de que a família pós-moderna, [...], tem o propósito de impulsão para a afirmação da dignidade das pessoas de seus componentes, tratando-se de *lócus* privilegiado, o ambiente propício, para o desenvolvimento da personalidade humana em busca da felicidade pessoal e não mais como instituição merecedora de tutela autônoma, justificada por si só, em detrimento, não raro, da proteção humana (CABRAL, 2010, p. 48).

Conforme Farias e Rosenvald (2010, p. 5), a família contemporânea funda-se em sua configuração jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Atualmente, a família deve ser estabelecida por laços afetivos de afeto e amor (DIAS, 2009).

2.3 DIREITOS E DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO À PESSOA DOS FILHOS

Neste tópico, procurar-se-á apresentar os direitos e deveres decorrentes do Instituto do Poder Familiar.

A sociedade estabelece o poder familiar dos pais em razão da parentalidade e tem como objetivo principal o melhor interesse dos filhos, eis que os deveres e as obrigações derivadas do poder familiar transcendem à existência, ou não, do casamento. Grisard Filho (2009, p. 46), neste sentido, diz que “pai e mãe, conjunta, igualitária e simultaneamente, são os sujeitos ativos do exercício do poder familiar, como efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio ou da união estável”.

Quando os cônjuges ou companheiros declaram a separação, eles não estão alterando a relação entre pais e filhos, pois, a separação não implica alteração no poder familiar. Desta forma, instituída a separação, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece intacto, porque o conceito de Poder Familiar é composto por inúmeras atribuições, quais sejam: constituir um *múnus* público, ser imprescritível, pois, os genitores não perdem, no caso de não exercitá-los; ser irrenunciável, porque os pais não podem renunciar do seu dever de genitores; e, por fim, ser indisponível e inalienável, pois, não pode ser transferido pelos genitores a outrem, mas pode ser confiado a outras pessoas que não sejam os pais (WALDYR FILHO, 2009). Assim, os pais sempre vão ter uma obrigação, um poder-dever, para com os filhos, do qual não podem renunciar ou alienar.

O Código Civil de 2002 estabeleceu regras atinentes à convivência familiar dos pais com os filhos, quando ocorrer à dissolução da sociedade conjugal, visando à proteção integral dos filhos, atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Os atributos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos menores estão elencados no rol do artigo 1.634, do CC/02, como sendo:

> 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 sobrevivo 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 (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Ante a tais atributos familiares impostos aos pais como deveres frente aos filhos, deve-se ponderar, primeiramente, a condição da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento, que, como sujeitos de direito, têm efetivados os direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano. Assim, é garantido aos filhos o direito à convivência familiar, "consubstanciada na comunidade formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes" e, neste sentindo, "é basilar que o menor esteja guardado, ou seja, convivendo e estando junto a seus pais, protegido no âmago de sua família" (QUINTAS, 2009, p. 4-6).

Com a intenção de evitar a submissão paterno-materna, o Estado vem intervindo, fiscalizando e controlando o exercício do Poder Familiar, podendo limitar e restringir esse poder aos pais.

Ao exercer o Poder Familiar, os genitores cumprem um direito-função e um poder-dever, desta maneira, não podem abrir mão dele, bem como não podem transferir a outrem, a título gratuito ou oneroso. Este poder-dever também é imprescritível, ao passo que este não se extingue pelo simples fato de não ser exercido, pois, somente será extinto nos casos previstos em lei. Assim, é também incompatível com a tutela, porque não se pode nomear tutor ao menor, do qual o pai ou a mãe não foi suspenso ou extinto o poder familiar.

Além disso, por existir uma relação de subordinação entre pais e filhos, o Poder Familiar possui uma relação de autoridade, pois, aos pais, é dado o poder sobre os filhos, e aos filhos, é dado o dever de obediência aos pais.

Na opinião de Dias (2009), o rol do artigo 1.634, do CC/02, não elenca o dever mais importante quanto aos filhos, *in verbis*:

> [...] o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar (DIAS, 2009, p. 388, grifo da autora).

Teixeira (2005) comenta no que tange aos atributos instituídos pelo rol do artigo 1.634, do CC/02:

> Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educa-lo, decorrente dos Princípios da Paternidade e da Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao fundamento de serem pessoas em face de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta (TEIXEIRA, 2005, p. 130-131).

Lôbo (2008, p. 277), no que se refere ao direito à companhia dos filhos, afirma que esse direito "tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, constitucionalmente atribuída".

A guarda compreende um conjunto de deveres e poderes atribuídos aos pais, pelo ordenamento jurídico, em consequência do poder familiar.

Enquanto atributo do poder familiar, a guarda incide no direito dos pais de ter os filhos em sua companhia e de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. Diante do conceito de poder familiar, como um agrupamento de direitos e deveres relacionados ao pai e à mãe (GRISARD FILHO, 2009), os filhos têm o direito de conviverem com os pais, bem como os pais têm o direito-dever de ter os filhos em sua companhia. Esse direito-dever inclui o de fiscalização (LÔBO, 2008). E, nesta seara, Grisard Filho (2009, p. 47-48) assevera que:

> Ordinariamente o filho deve permanecer na família e ligado aos pais, conforme preconiza o art. 19 do ECA, em unidade de convivência. A guarda é, há um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto de si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro.

Isto posto, a guarda é um aglomerado de conjuntos e responsabilidades e não está restrita ao direito dos filhos em conviverem com os pais, bem como dos pais terem os filhos em sua companhia. "O direito deve ser exercido no interesse da criança, em função de sua idade e da cultura familiar" (LÔBO, 2008). Portanto, enquanto atributo do poder familiar, a guarda deve ser lida em garantia do princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Conquanto, há de se observar, diante de tais considerações, que os deveres dos pais com relação aos filhos não se limitam aos deveres regulamentados pelo Código Civil de 2002, pois, deve haver uma fusão entre os deveres inerentes ao poder familiar instituídos pelo Código Civil de 2002, pela Constituição Federal de 1988 e pelo ECA, de forma que haja uma equiprimordialidade entre tais deveres, atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente, e propiciando aos filhos uma proteção integral quanto aos seus direitos. Assim, "aos poderes assegurados pela lei civil somam-se todos os outros que também são inerentes ao poder familiar" (DIAS, 2009, p. 388).

A responsabilidade dos genitores sobre os seus filhos é um direito irrenunciável, sendo que os pais têm o dever pela criação, representação e assistência (WALDYR FILHO, 2009). Na opinião de Waldyr Filho (2009, p. 52), a criação e a educação dos filhos cabem aos pais, conforme os arts. 1634, I, do CC; 22, do ECA; e 229, da CF, como dever consubstancial voltado ao entendimento das necessidades materiais e morais do menor, intervindo o Estado para obrigá-lo ao exercício desse dever.

Por conseguinte, os genitores têm a responsabilidade de dirigir a melhor criação possível, proporcionando um âmbito familiar adequado para os seus filhos possuírem um desenvolvimento individual pleno e sadio como ser humano (WALDYR FILHO, 2009).

Possuindo como objetivo adicionar as suas atitudes à cultura da sociedade em que vivem, os pais têm que tornar seus filhos úteis para a sociedade, desenvolvendo as faculdades psíquicas, intelectuais e morais. Sendo assim, a conduta dos genitores é de suma importância para a formação de sua prole (WALDYR FILHO, 2009).

De acordo com Pimentel (2008, p. 36):

> Baumrind (1971 apud Montandon, 2005) propôs quatro estilos educativos parentais: 1) o autoritário, em que o pai controla muito a criança e pouco a apoia, tendendo a educar segundo regras que não se discutem; 2) o permissivo, em que os pais exercem um controle fraco e um apoio forte e tendem a aceitar os desejos da criança, exigindo insuficientemente dela; 3) o "autoritativo", no qual os pais ao mesmo tempo controlam e apoiam os filhos, fixam-lhes regras a respeitar e, simultaneamente, encorajam sua independência, são exigentes e atentos; 4) o não envolvido, em que os pais adotam uma atitude marcada pela indiferença e até pela negligência ou rejeição.

Assim, os institutos das espécies de guarda são fundamentais, pois, mesmo com o fim do relacionamento conjugal, os pais não perdem o poder familiar. Sendo assim, a seguir serão analisadas as modalidades de guardas existentes e suas especificações.

3 DA GUARDA

Primeiramente, ao tratar de guarda, é fundamental saber seu conceito e seu significado para tratar tal tema com a importância necessária.

Cabe dizer que a expressão “guarda” remete ao sentido de cuidado, proteção, amparo ou zelo por algo ou alguém.

O termo guarda, no Direito de Família, vem do latim e está associado ao reflexo do Poder Familiar, e conforme o contexto apresentado, pode ser tratado de distintas formas.

Consiste na convivência dos genitores com os filhos, surgindo como um direito natural e originário dos pais, e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais.

O artigo 1.584, do Código Civil, versa e descreve:

> Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica (BRASIL, 2002).

De acordo com Quintas (2009), aos pais é conferido o poder familiar sendo a guarda atribuída a eles como um elemento do poder familiar:

> A guarda de um menor pode advir de situações diferentes. A princípio, surge do poder familiar legalmente imposto aos pais visando à segurança do pleno desenvolvimento de seus filhos (guarda legal), mas tamanha é sua importância que, como visto, na falta dos pais ou quando estes não apresentarem condições de exercê-la, será atribuída a uma família substituta, através de uma decisão judicial. É a chamada guarda judicial. Neste caso a guarda é mais abrangente, já que um terceiro não tem atribuições do poder familiar (QUINTAS, 2009, p. 19).

A autora diserta, mais adiante, que:

> Enquanto conviverem os pais, a guarda dos filhos será compartilhada por ambos, mas a partir do momento em que cessa essa convivência, poderão ser feitos vários arranjos para determinação da guarda. Desta feita, a guarda se apresentará de formas diferentes, sempre com vista a atingir o melhor interesse da criança (QUINTAS, 2009, p. 22).

A guarda dos filhos é tacitamente conjunta, sendo individualizada quando ocorre a separação de fato ou de direito dos genitores. Portanto, quando houver a dissolução da sociedade conjugal, deve-se definir qual dos genitores terá a guarda do filho.

Cabe salientar que, em muitos casos, a guarda dos filhos não é decidida e pautada com base na harmonia, com concordância amigável e em respeito à criança envolvida no litígio. Desse modo, se a guarda não for definida de maneira consensual, decorrente do acordo de vontade entre os cônjuges, ela será determinada pelo juiz.

Assim, a guarda deve ser aplicada visando ao melhor interesse da criança e/ou adolescente, levando em consideração, primeiramente, as vantagens que eles terão.

3.1 DA GUARDA DE FATO

Entende-se que a modalidade de guarda de fato é aquela exercida diariamente, ou seja, com quem a criança/adolescente convive no dia a dia. Para esta modalidade, não se faz necessária a existência de processo judicial (MATA, 2004).

Quando não há mútuo acordo entre os genitores, no que concerne à guarda e companhia dos filhos, a mesma será fixada àquele que apresentar condições melhores para exercê-la. No entanto, não se confunde essas condições com econômicas ou materiais, sendo atribuída ao juiz a prerrogativa de decidir qual dos cônjuges será o guardião da criança ou adolescente (GRISARD FILHO, 2009).

"A guarda de fato tem origem em decisão própria da pessoa que toma o menor a seu cargo, sem que haja atribuição legal ou judicial" (MATA, 2004, p. 52).

Nesta modalidade, a guarda não decorre de nenhum direito de autoridade, "porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação" (GRISARD FILHO, 2009, p. 86).

É indispensável ressaltar que as disposições sobre guarda da criança ou adolescente serão aplicadas em sede de medida cautelar de separação de corpos (art. 1.585, do Código Civil) e de invalidade do casamento (art. 1.587, do Código Civil) (BRASIL, 2002). A medida que, enquanto o juiz não deferir a guarda de direito definitiva, será concedida em caráter de liminar, com o propósito de garantir e efetivar o princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Outrossim, a guarda de fato pode ser convertida em guarda de direito, quando assim requerida (GONÇALVES, 2012).

3.2 DA GUARDA DE DIREITO

Guarda de direito é aquela estabelecida pelo juiz, onde ele analisa as singularidades do caso em questão e a atribui a um dos genitores, ou até mesmo a um terceiro que se encontre em condições de atender ao melhor interesse da criança.

Então, a guarda de fato ou guarda física, é aquela relacionada à residência do menor, e guarda legal/jurídica ou de direito é "aquela atribuída por lei como elemento do poder familiar. Refere-se à responsabilidade dos pais de decidir o futuro dos filhos, direcionando-os, vigiando-os e protegendo-os" (QUINTAS, 2009, p. 23).

A atribuição da guarda a outra pessoa, além dos genitores, que possa atender às melhores condições para a criança e/ou adolescente e, consequentemente, atender ao princípio do melhor interesse do infante. O juiz de direito deve se atentar a "preferência por membros da família que tenha afinidade e afetividade com os menores" (DIAS, 2009, p. 400), deferindo a estes a guarda. Gonçalves (2012, p. 282, grifo do autor), neste sentido, leciona:

> Em princípio, a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores. Verificado, porém, que não devem eles permanecer em poder da mãe ou do pai, o juiz deferirá a sua guarda preferencialmente a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, "***que revele compatibilidade***" com a natureza da medida, levando em conta, a "***relação de afinidade e afetividade***" com os infantes (CC, art. 1.1584, § 5º, com redação dada pela Lei n. 11.698/2008). Destaque-se a importância que o novo diploma confere aos laços de afinidade e de afetividade na fixação da guarda dos menores.

Com a atribuição da guarda a um dos genitores, conforme Grisard Filho (2009) dispõe, tem-se estabelecido o direito de visita ao infante, o que abala o poder familiar, uma vez que o genitor, que não é guardião da criança, fica impedido ou vê dificultado o amplo exercício do seu poder familiar e, nessa seara, pode concluir que, quando atribuída a guarda a um dos genitores, é constante o conflito relativo à guarda dos filhos.

3.3 DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

A partir das considerações trazidas acerca da guarda de fato e de direito, que são basilares para melhor entendimento das modalidades de guarda, pode-se ponderar quanto à forma da guarda no ordenamento jurídico, que se divide em cinco modalidades, quais sejam: Guarda Unilateral ou Exclusiva, Guarda Alternada, Guarda Nidal, Guarda Atribuída a Terceiros e Guarda Compartilhada, sobre as quais passa-se a discorrer.

Por conseguinte, destaca-se que há duas modalidades de guarda, previstas no ordenamento: a unilateral e a conjunta.

A definição quanto à pessoa a qual será determinada a guarda unilateral, poderá ser feita através de dois modos.

Os incisos I e II do art. 1.584 do Código Civil relatam:

> [...]
> 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 do tempo necessário de convívio deste com o pai ou a mãe (BRASIL, 2002).

Essa modalidade deve ser requerida pelo consenso entre os pais ou decretada pelo juiz. Destarte, ao genitor não detentor da guarda física é atribuído o dever de fiscalizar, resguardar os interesses da prole, conforme a Legislação Civil estabelece, "a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos" (BRASIL, 2014).

É importante frisar, quanto à guarda conjunta, que essa modalidade é atribuída e desempenhada por duas pessoas, de maneira simultânea, designada aos genitores, durante a relação de matrimônio ou de união estável. No gênero da guarda conjunta, têm-se as seguintes espécies: guarda simultânea e compartilhada.

Já quanto à guarda simultânea pode ser conceituada como sendo aquela conferida a duas pessoas, que a desempenhem de maneira conjunta e simultaneamente à guarda dos filhos. É exercida pelos genitores, enquanto vigente o poder familiar, na constância do matrimônio ou da união estável; ou por um casal de parentes, casados ou não, entre si; ou por um casal estranho, porém idôneo, nomeado por decisão judicial que pretendem a adoção.

A guarda compartilhada é deliberada a ambos os genitores que não dividem a mesma casa. A finalidade dessa guarda é minimizar qualquer tipo de prejuízo emocional causado, na maioria das vezes, pelos genitores que, muitas vezes, saem de uma relação frustrada e se utilizam negativamente do poder da guarda dos filhos, em prol de punição ou vingança.

Há ainda as modalidades de guarda alternada e guarda nidal. A alternada não é bem vista no meio jurídico, pois, satisfaz predominantemente aos interesses dos pais e, portanto, sua aplicabilidade é quase nula. Nessa modalidade de guarda, o menor reside por prazo pré-determinado na casa de um dos genitores e, com o término do prazo, muda-se para a casa do

outro, que exercerá, de forma individual, as conjecturas da guarda. Salienta-se que a criança acaba perdendo o referencial de lar e de autoridade, em decorrência de estilos de vida diferentes.

A segunda espécie de guarda é ordinariamente conhecida pela doutrina como aninhamento ou nidal. Essa modalidade é esporadicamente aplicada no Brasil, em que a presente realidade social é outra, uma vez que se caracteriza pela permanência dos infantes em uma residência fixa e pela alternância dos genitores em determinados períodos de tempo. É um tipo raro, devido a uma série de inconvenientes, entre eles a necessidade de três residências, ou seja, uma para os filhos, que permanecem em residência fixa, e uma para cada um dos genitores.

A seguir, cada uma dessas modalidades será discorrida de forma mais abrangente.

3.3.1 Da guarda unilateral ou exclusiva

Essa modalidade está disposta no rol do artigo 1.583, § 1°, do Código Civil de 2002, sendo atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião, não apenas a custódia física, mas, também, o poder exclusivo de decisão quanto às questões pertinentes ao filho. "É uma modalidade de guarda em que os filhos permanecem sob os cuidados e direção de apenas um dos pais, aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança" (QUINTAS, 2009, p. 24).

Para definição da guarda unilateral, o artigo 1.583, § 2°, estabelece critérios tais como: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação (BRASIL, 2002). Tais critérios são objetivos ao estabelecer que a guarda unilateral seja deferida ao genitor que oferecer melhores condições para o desenvolvimento da criança e adolescente, e neste contexto, melhores condições não se relacionam a bens materiais e financeiros.

Outrossim, o § 3°, do referido artigo, dispõe que "a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos" (BRASIL, 2014), e supervisionar sua manutenção e educação. Esta fiscalização se dá através do direito de visitas garantido ao genitor não guardião. No entanto, Dias (2009, p. 404) faz uma crítica a esta categoria de guarda: "A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visitas, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras".

A autora critica a definição apresentada pelo Código Civil acerca do direito de visitas, uma vez que, segundo ela, "o direito de visitas não encontra limite entre pais e filhos".

Assim, para a doutrinadora, a expressão mais apropriada seria direito de convivência, conforme dispõe:

> A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é **direito do próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez, o melhor fosse o uso da expressão direito de convivência, pois, é isso que deve ser preservado, mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se podem olvidar suas **necessidades psíquicas**. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois, não há proteção possível com a exclusão do outro genitor (DIAS, 2009, p. 405, grifo do autor).

Após a ruptura, o genitor que disponha da guarda assume, de forma unilateral, o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram compartilhados quando ainda existia o fim da união conjugal, mas, vale frisar, que essa exclusividade não gera prejuízos ao outro genitor no que concerne ao direito de supervisionar a educação do infante, bem como ter uma comunicação efetiva, na medida em que a guarda é distinta do poder familiar, este não se acaba com a decretação da guarda a somente um dos genitores.

Assim, mesmo o detentor da guarda tendo todas as prerrogativas para fazer as escolhas da vida da criança e/ou adolescente, tais como médicos, atividades extracurriculares, escolar, sem consultar o outro genitor, contudo, deverá informar ao outro genitor sobre a vida do filho, pois este possui direito também à informação sobre a vida do infante.

Dessa forma, a convivência com o genitor que não possui a guarda deve ser normatizada por meio de processo judicial, com o intuito de assegurar e planejar o cotidiano familiar, visando ao melhor interesse da criança e/ou adolescente.

A partir dos critérios das formas de estabelecer a modalidade de guarda unilateral, é evidente o fato de que o genitor não guardião, quando sujeito ao regime de visitas, acaba por se distanciar do menor, o que acarreta o enfraquecimento e afastamento dos laços afetivos.

3.3.2 Da guarda alternada

Essa modalidade é determinada pelo artigo 1.586, do Código Civil de 2002, sendo atribuída a ambos os genitores, de forma alternada, em lapsos temporais, em determinados períodos sob a guarda da mãe e outros sob a guarda do pai. Tem como objetivo propiciar a convivência com ambos os genitores, com a mudança de residências (QUINTAS, 2009).

Além disso, a doutrinadora aponta fatores positivos e negativos ao que concerne à guarda alternada, quais sejam:

> Tem a seu favor a possibilidade de manter a relação mais intensa entre os pais e o filho, possibilitando uma rotina de vida normal entre eles, além de assegurar aos pais a igualdade no exercício do poder familiar. Por outro lado, o filho será dirigido, a cada período de mudança, de forma diferente, tendo que se adequar a decisões diferenciadas no que concerne a sua educação, criação e proteção, que gera "confusão e falta de referências", contrariando, além do mais, suas necessidades de estabilidade (QUINTAS, 2009, p. 27-28).

A guarda alternada ocorre quando os infantes ficam sob a guarda material de um dos genitores por períodos alternados, há uma distribuição equitativa da responsabilidade e dos poderes parentais, sendo que aquele que detém a posse, durante o período, exerce com exclusividade a guarda. Nesta modalidade, portanto, a criança e/ou adolescente passaria uma semana com a mãe e a outra com o pai.

Mesmo sendo difícil se reorganizar após a ruptura conjugal, não se justifica a utilização da guarda alternada, na medida em que a falta referencial ao infante gera desconforto e insegurança, configurando-se, até mesmo, como uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, pois, os filhos tornam-se objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço.

Coelho (2006) defende que esta modalidade de guarda deve ser fixada quando os genitores estejam separados por distâncias geográficas, dispondo que:

> Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que os pais residam em cidades distantes ou mesmo em diferentes países (COELHO, 2006, p. 110).

Assim, a guarda alternada reflete, na criança e/ou adolescente, o sentimento de ser um mero objeto na propriedade de seus genitores.

3.3.3 Guarda nidal

A expressão nidal vem do latim *nidus* que denota a ninho, se caracteriza pela permanência dos filhos em um "ninho", no qual os pais se revezam para ficar em companhia dos filhos, isto é, a cada período, um dos genitores ficará com o infante em uma residência fixa, com termos previamente fixados judicialmente, ou seja, não é a criança que vai até a casa do genitor, e sim o genitor que vai, no seu período determinado, até a criança.

Não ocorre nenhuma proibição a este modelo no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas, em detrimento aos aspectos práticos e econômicos para os pais, ela é pouco utilizada, eis que são necessárias três casas para efetivação deste modelo de guarda, uma residência para a criança e/ou adolescente e uma para cada um dos genitores.

A despesa envolvida e a dinamicidade das relações são elementos que desestimulam as partes. Outro fator que pode vir a dificultar a aplicação e execução desta modalidade é um novo enlace dos genitores e, com isso, o nascimento de outros filhos, fazendo com que restasse prejudicada essa modalidade.

No entanto, se verificado o entendimento e capacidade econômica das partes, o juiz poderá determinar o modelo de guarda nidal. Cabe salientar que uma das vantagens, nesta modalidade, oferecidas à criança e/ou adolescente será a estruturação e a corresponsabilidade parental, além de não haver necessidade de alternância de casas. Contudo, vale ressaltar, também, que ainda sim a prole teria a supressão do direito à convivência entre um dos seus pais, visto que os períodos são delimitados a cada um dos genitores.

3.3.4 Guarda atribuída a terceiros

A guarda, via de regra, é a atribuição do Poder Familiar e consiste no direito e dever dos pais em ter os filhos em sua companhia, sob sua proteção material, cultural e patrimonial. No entanto, conforme o artigo 1.584, parágrafo 5º, do Código Civil Brasileiro "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, 2002).

Ante o exposto no artigo, o dispositivo permite que seja destinada uma modalidade de guarda presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo que ser obrigatoriamente aplicada quando a criança está exposta a algum risco, psicológico ou/e físico, caso mantida em companhia dos seus genitores, ou por qualquer outro motivo grave que justifique a modalidade de guarda atribuída a terceiro.

Essa modalidade é configurada como atribuição a uma pessoa, o guardião, um conjunto de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite, tal como seus genitores. Entre as responsabilidades estão, também, a convivência sob o mesmo teto, havendo, inclusive, a identidade de domicílio entre a criança e/ou adolescente e os respectivos titulares.

Diferentemente da tutela, a guarda não implica destituição do poder familiar, mas, sim, a transferência a terceiros, componentes de uma família substituta provisória, da obrigação de cuidar da manutenção da integridade física e psíquica do infante. A atribuição da guarda ao terceiro será analisada, conforme ao caso concreto, mas, os integrantes da família, extensa ou ampliada, terão prioridade em assumir a responsabilidade.

Em última análise, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, ainda, uma modalidade de guarda institucional, ao determinar a inserção do menor em situação de risco em programas de acolhimento familiar ou institucional (a inclusão em programas de acolhimento possibilita a convivência familiar), de caráter provisório e excepcional, utilizados como transição para reintegrar a criança ou adolescente na família, e, em último caso, reinseri-la em definitivo em família substituta (BRASIL, 1990).

3.3.5 Da guarda compartilhada

Primeiramente, cumpre dispor que a expressão guarda compartilhada surgiu no Direito Inglês, e refere-se à possibilidade de a prole ser assistida por ambos os genitores.

A presente modalidade foi proposta, inicialmente, na Inglaterra e, posteriormente, adotada na França, Canadá e nos Estados Unidos.

No Brasil, ela foi estabelecida com a Lei n° 11.698/2008, que foi alterada, posteriormente, pela Lei n° 13.058/2014. Os Tribunais brasileiros foram mais comedidos quanto à aplicação da guarda compartilhada.

No início, a guarda compartilhada foi muito confundida com a guarda alternada e, por isso, sua aplicação foi prejudicada. Mas, depois de alterações na legislação, a guarda compartilhada passou a ser regra utilizada pelos magistrados e, com o decorrer do tempo, passou a ser vista como uma alternativa viável para que os conflitos se minimizem e abrandar possíveis prejuízos emocionais causados pela ruptura da relação conjugal.

A Guarda Compartilhada ou conjunta está estabelecida no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, e na Lei 13.058/2014, que conceitua guarda compartilhada como sendo "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, 2002).

Sobre a definição desta modalidade, Quintas (2009, p. 28) dispõe:

> Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.

Quanto ao nome guarda conjunta, a autora afirma que a denominação compartilhada é a mais adequada, eis que "expressa melhor o sentindo de cooperação que se

espera dos pais. Compartilhar tem como sinônimo participar, já a guarda conjunta seria a guarda unida, junta, simultânea" (QUINTAS, 2009, p. 32).

A guarda compartilhada determina que os dois genitores, como iguais detentores da autoridade parental, devem tomar decisões e compartilhar responsabilidades referentes aos filhos.

Dias (2009), Grisard Filho (2009) e Abrahão (2007) trazem uma modalidade de guarda compartilhada, a qual, intitulam como aninhamento:

> Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além de perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade da mantença de três residências (DIAS, 2009, p. 402).

Dias diserta sobre o fundamento da guarda compartilhada, descrevendo que esta modalidade visa a uma maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os pais, mesmo quando cessado o vínculo de conjugabilidade. "É o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço" (DIAS, 2009, p. 401).

Soldá (2012, p. 78) acredita que a proposta dessa modalidade "é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os feitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais."

Porquanto, apesar de, conforme descreve Quintas (2009), a guarda compartilhada se mostrar como adendo à falta do genitor não guardião, a guarda exclusiva impõe à criança e/ou adolescente, de forma a reduzir consideravelmente seu poder familiar, igualando os genitores em direitos e obrigações, como manda a lei, a mesma é passível de críticas.

Quintas (2009, p. 29) comenta sobre essas críticas, se posicionando:

> Críticas à guarda compartilhada afirmam que não se poderia esquecer que a finalidade da lei que regula o poder paternal seria a proteção dos interesses da criança e não promover a igualdade entre sexos, mas não se deve esquecer também que a definição de melhor interesse da criança abrange o interesse que se fundamenta a guarda compartilhada. Além do que, o interesse da criança e a busca da igualdade dos sexos não são incompatíveis, são direitos fundamentais, que coexistem pacificamente.

A aplicação da guarda compartilhada proporciona evidentes benefícios à criança e/ou adolescente, com uma participação ativa dos genitores em suas atividades cotidianas, onde estes seriam vistos com igual importância e com mesma autoridade e responsabilidade na

tomada de decisões. Neste sentido, tem-se efetivado o direito de convívio dos filhos com o pai e a mãe (QUINTAS, 2009).

Dias (2009) assegura que este novo modelo de corresponsabilidade é o ideal, um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus.

3.4 DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme já mencionado, a Lei nº 13.058 de 2014, alterou o disposto nos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002. Assim, a guarda compartilhada pode ser concedida por consenso ou por determinação judicial, como fulcro no artigo 1.584, incisos I e II do Código Civil de 2002.

Em conformidade com o ECA e com a Lei n°. 13.058/2014, que têm como princípios basilares, o melhor interesse da criança e a proteção integral, as sistemáticas das varas de famílias judiciais passaram a adotar um novo modelo quando da definição da guarda, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separados e divorciados, buscando um acordo pragmático e realístico, envolvendo o comprometimento de ambos os pais no cuidado dos filhos havidos em comum (GONÇALVES, 2012).

Assim, passou-se a adotar o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, o que implica em uma mudança de paradigma que envolve a responsabilização e exercício em conjunto de direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Para tanto, necessário se faz que os genitores do menor se desarmem de suas mágoas e frustações, para que possam ter, entre si, uma boa convivência e viver em harmonia, a fim de garantir um dos principais direitos da criança e adolescente, qual seja, a convivência familiar (DIAS, 2009).

E, neste sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS C/C GUARDA E ALIMENTOS - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO - NECESSIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA - ADMISSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE - EXEGESE DO ART. 4º DA LEI N. 1.060/50 - **GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA - POSSIBILIDADE - PAIS EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES - INTERESSE DOS MENORES QUE PREVALECE SOBRE QUALQUER OUTRO** - FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR EM DEZESSEIS POR CENTO DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE - PEDIDO DE MAJORAÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE O AGRAVADO DESFRUTA DE CONFORTÁVEL SITUAÇÃO FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO MANTIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos termos do art. 4º da Lei n. 1.060/50, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 7.510/86, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária gratuita mediante simples afirmação, na própria petição, de que não tem condições de pagar as custas do

> processo sem prejuízo próprio ou de sua família. 2. Em se tratando de guarda, a escolha dos filhos é suprema em relação a outros fatores. Deste modo, possuindo ambos os pais condições de permanecer com a prole, a solução mais acertada é o deferimento da guarda compartilhada, ainda mais quando esta é a vontade das crianças e os genitores não se opõem ao compartilhamento. 3. Em sede de agravo de instrumento, o exame das provas se limita apenas ao que foi apresentado pelas partes. Não se verificando qualquer irregularidade na decisão vergastada e não comprovando a agravante os fatos noticiados no recurso, o pleito recursal, por conseguinte, não pode ser acolhido (SANTA CATARINA, 2002, grifo nosso).

Neste contexto, hodiernamente a legislação brasileira, junto aos operadores e doutrinadores do direito de família, vem consolidando o consenso de que mesmo que ocorra a ruptura da sociedade conjugal, a guarda compartilhada apresenta-se como a que melhor atende ao convívio saudável, em meio aos pais e entre pais e filhos, mesmo que após a separação (MEIRA, 2010).

O artigo 1.584, §1° e 2°, do CC/02, estabelece que o juiz deve aplicar a guarda compartilhada sempre que possível, devendo informar aos genitores o seu significado, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos a eles e as sanções pelo descumprimento do estabelecido em Lei (BRASIL, 2002).

Neste sentido, Abrahão (2007, p. 77) dispõe que:

> A doutrina de Direito de família que defende o modelo de guarda compartilhada como a melhor opção, no que toca ao tema guarda dos filhos, é majoritária. Formada por advogados, juízes, membros do Ministério Público, acadêmicos, psicólogos e assistentes sociais, os defensores da guarda compartilhada no Brasil destacaram a preservação do exercício da autoridade parental com ambos os genitores como a principal razão para sua adoção no Direito brasileiro.

Abrahão (2007) elenca alguns pontos que considera como fundamentais para determinação da guarda compartilhada, sendo estes aspectos favoráveis. Quais sejam:

> [...] através do exercício conjunto da educação e cuidados da prole, os pais afastam a incidência da chamada Síndrome da Alienação Parental, que é tão frequente nos casos de guarda exclusiva, principalmente quando há conflito entre o genitor guardião e o não guardião.
> [...] a cooperação entre pais e o compartilhamento dos deveres relativos à pessoa dos filhos minimizam a probabilidade das crianças e adolescentes desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais.
> [...] diminuir as pressões e responsabilidades em relação à educação do filho que sempre se concentraram na mãe, que geralmente permaneceria com a guarda dos filhos enquanto o pai assumia o papel apenas de provedor, de alimentante.
> [...] a participação de ambos os genitores em todas as decisões acerca de atos e interesses dos filhos, outra vantagem do modelo estaria no fato de que há um progressivo aumento no respeito mútuo entre aqueles.
> [...] a guarda conjunta evitaria os escândalos e as dissimulações promovidas por algumas mães que, alegando o instituto materno de proteção da prole, tentam afastar o pai do relacionamento com o filho, para assim não perder o controle da situação e ter maior poder de negociação com o não guardião (ABRAHÃO, 2007, p. 78-79-80).

Com base nessas vantagens exibidas pela autora, pode-se concluir que a Guarda compartilhada é a melhor forma de se garantir o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, "e, por conseguinte, instrumentaliza-se o exercício dos direitos fundamentais conferidos à população infanto-juvenil por nossa ordem constitucional" (MEIRA, 2010, p. 247).

Assim, a Guarda Compartilhada oportuniza, de forma igualitária, um convívio dos genitores com os filhos após a separação, onde "a função da convivência familiar é a busca da efetivação do conteúdo constitucional do poder familiar, por ser ela viabilizadora de um maior estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos" (MEIRA, 2010, p. 247).

3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, e se pautando nos direitos humanos fundamentais, emerge a Constituição Federal de 1988. No que tange ao direito de família, a Constituição Federal de 1988, em conformidade com o Código Civil de 2002, e o Estatuto da Criança e Adolescente, asseguram ser a família a base da sociedade, e assim, as relações familiares devem ser analisadas segundo o caso concreto, respeitando as peculiaridades de cada relação familiar, valorizando a igualdade e dignidade de cada um de seus membros. Destarte, as crianças e adolescentes, por serem pessoas em desenvolvimento, os fazem destinatários de um tratamento especial (DIAS, 2009), devendo as demandas, a estes relacionados, serem analisadas segundo o princípio do melhor interesse do menor.

Meira (2010) salienta que a Convenção das Organizações das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças, foi aprovada no Brasil, em 1990, e neste sentido, expõe que:

> A infantoadolescência deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta e que necessita de consideração especial, sendo universalmente resguardado à os seus direitos fundamentais, dispondo que "todas as ações relativas ás crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança (MEIRA, 2010, p. 232)

Em consonância com a Convenção das Organizações das Nações Unidas, sobre o Direito das Crianças, a Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 227, *caput*, prevê que 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 e à convivência familiar e

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Essa proteção regulamentada pela CF/88, tem respaldo nas disposições do ECA, ao elencar no seu art. 3°, que a criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de possibilitar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Por estar diretamente relacionado aos direitos humanos fundamentais, o princípio do melhor interesse da criança, obriga a família, Estado e sociedade, a atentarem pelo melhor interesse do menor, cuidando de sua boa formação moral, psíquica e social.

Quintas (2010, p. 63) assegura, quanto à garantia do melhor interesse da criança, que "defender os interesses das crianças significa não apenas defender sua saúde física, mas também colocar em suas mãos a oportunidade de conhecimento e à riqueza do amor de ambos os pais".

Quando da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, será atribuído, aos pais, a guarda dos filhos, que será deferida ao cônjuge que melhor revelar condições para exercê-la. Desta forma, são as crianças e adolescentes os mais vulneráveis e fragilizados com essa dissolução da relação conjugal ou afetiva, e por isso, deve ser assegurado a estes o princípio do melhor interesse, a ser analisado segundo o caso concreto (QUINTAS, 2009).

Com relação aos alimentos, destaca-se que a guarda compartilhada não afasta a obrigação alimentar, pois, tal imposição decorre do dever constitucional de assistência, instrução e criação dos filhos menores. Diante disso, o próximo capítulo abordará os alimentos na modalidade da guarda compartilhada e a posição jurisprudencial diante da Lei 13.058/2014.

4 ALIMENTOS

O instituto do Direito de Família, consoante às normas constitucionais que dispõem em relação a uma vida digna à pessoa humana, distingue os alimentos como meio necessário de dar suporte material a quem não tem meios de arcar com o seu próprio sustento. Portanto, os alimentos não estão relacionados apenas como direito à vida e à integridade física da pessoa, mas, está relacionado, principalmente, com a efetividade da dignidade humana, concedendo, ao necessitando, condições para manter sua subsistência.

4.1 BREVE HISTÓRICO

A palavra "alimentos" engloba tudo o que se refere à manutenção de vida. Antigamente, mais especificamente no Pátrio Poder, o provedor, ou *Pater Familiar*, era o responsável pelo sustento da família. No entanto, com a dissolução conjugal, a responsabilidade transformou-se em obrigação.

Na esfera judicial, os alimentos englobam não somente aqueles mantimentos destinados à alimentação em si, mas compreende, também, habitação, vestuário, transporte, tratamento médico, e com relação ao alimentado ser menor de idade, incluem-se, ainda, despesas com educação. Alimentando é o sujeito ativo da obrigação alimentar, o credor, isto é, aquele a quem se deve fornecer os alimentos. Já o alimentante, é o sujeito passivo da obrigação alimentar, o devedor, ou seja, aquele que paga, que fornece os alimentos.

A importância alimentar é o meio adequado de proporcionar recursos necessários para o sustento de quem não consegue, por si só, prover de suas despesas pessoais, em razão da sua idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão associados diretamente à vida e visam a satisfazer as necessidades de quem não as pode prover por si só. Assim, dispõe Gama (2000, p.11): "Por alimentos entenda-se a obrigação de dar um montante, em dinheiro ou não, a outra pessoa, para a sua subsistência. Subentende-se, incluso em alimentos, o vestuário, a habitação, o lazer, a assistência médica e os medicamentos".

Apesar de alguns autores utilizarem diferentes expressões, não há discordância dos entendimentos quanto ao conceito de alimentos, conforme refere Porto (2003, p.17):

> Hoje não mais existe qualquer divergência quanto a conotação técnico-jurídica do conceito de alimentos, pois a doutrina de muito firmou o entendimento de que em tal acepção devemos considerar não só os alimentos necessários para o sustento, mas também os demais meios indispensáveis para as necessidades da vida no conceito social de cada um. Nessa linha, vale observar que o que vinha sendo recomendado

> pela doutrina, agora, como novo sistema, vem expressamente consagrado no artigo 1.694 do Código Civil, haja vista que este estabelece que os alimentos devem atender também a compatibilidade com a condição social.

Segundo Carvalho (2015), os alimentos se dividem em duas espécies: naturais, que são aqueles destinados para o sustento, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e os civis, que são destinados para cumprir, também, com as exigências de índole moral e cultural, devendo a prestação alimentar atender à condição social e ao estilo de vida do alimentado, respeitando a capacidade econômica do alimentante.

O conceito do instituto dos alimentos é aceito por diversos doutrinadores da mesma forma, que não há constatação de divergências. A definição de alimentos por Miranda (1974, p. 734), abrange tudo que for indispensável para a necessidade da vida social de cada um, assim:

> A palavra alimento, conforme a melhor acepção técnica, e consequentemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quando for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e às despesas de criação e educação.

Nesse mesmo entendimento, há vários doutrinadores, entre eles, Cahali (2002, p. 16), que elucida alimentos, na concepção jurídica, como sendo aquele que designa:

> [...] o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra "alimentos" vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações comas quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Quando o familiar não tem condições de prover o sustento de seus membros, a lei obriga por meio do instituto dos alimentos. O artigo 1.694, do Código Civil, determina que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir, uns aos outros, os alimentos de que necessitem, para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às obrigações relacionadas a educação do alimentado (BRASIL, 2002).

O artigo 1.701, do Código Civil, dispõe que o alimentante terá a opção de pagar os alimentos através de pensão mensal ou dar sustento, vestuário e hospedagem ao alimentante (BRASIL, 2002). Nesse caso, se o alimentante tem medo que o alimentado desperdice o dinheiro da pensão alimentícia, poderá cumprir com a sua obrigação sustentando-o diretamente e recebendo-o em sua casa, com a finalidade de evitar o desvio da pensão paga. Cabe salientar que quem é obrigado a prestar os alimentos também pode pedi-los, pois, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre as pessoas definidas em lei.

Baseado no parágrafo único do artigo 1.701, do Código Civil, o juiz fixará a forma mais adequada para o cumprimento da obrigação alimentar (BRASIL, 2002). O direito aos alimentos é irrenunciável, não podendo ser objeto de cessão de crédito, penhora ou compensação, conforme disposto no artigo 1.707, do Código Civil. A obrigação alimentar tem caráter personalíssimo, ou seja, não poderá ser transferida a outra pessoa pelo alimentado, por meio de negócio jurídico, mesmo com a autorização do alimentante. Pela mesma razão, os alimentos não podem ser penhorados, para pagamento de dívidas do alimentado, em face de terceiros. Os alimentos podem ter duas origens, em razão do parentesco e em razão do casamento ou união estável.

No tocante ao parentesco, ocorre, automaticamente, o direito aos alimentos, tanto para o pai quanto para o filho ou para o neto. Primeiramente, devem-se solicitar alimentos aos ascendentes em linha reta, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, primeiro deve ser solicitado aos pais. Caso esses não tenham condições ou já estejam falecidos, deve-se, então, solicitar aos avós, ou aos bisavós. Na linha descendente deve seguir a mesma ordem, os mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, primeiro deve ser solicitado aos filhos, se esses não tiverem condições, deve solicitar aos netos ou aos bisnetos.

Os alimentos também são devidos em razão do casamento, estabelecido nos artigos 1566, inciso III e 1691, ambos do Código Civil, que é quando surge a obrigação do sustento um para com o outro, a mútua assistência, de acordo com o padrão de vida (BRASIL, 2002). E também em razão da União Estável, disposta no artigo 1724, do Código Civil, surge a obrigação do sustento, são chamados de alimentos civis e tem como propósito manter o padrão de vida que a pessoa tinha antes do casamento (BRASIL, 2002).

O dever alimentar entre os cônjuges passou a ser mútuo com o surgimento da Lei do Divórcio. Entretanto, o cônjuge considerado responsável pelo rompimento matrimonial era quem tinha o dever de prestar alimentos ao outro cônjuge.

Dias (2015, p. 556) dispõe:

> [...] O cônjuge que tivesse conduta desonrosa ou praticasse qualquer ato que violasse os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, era condenado a pagar pensão àquele que não teve culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. A lei não dava margem a outra interpretação. Ou seja, o culpado pela separação não podia pleitear alimentos, pretensão assegurada exclusivamente a quem não havia dado a causa ao fim do matrimônio. Só o inocente fazia jus à pensão alimentícia. Assim, a demanda envolvia a perquirição da causa com rompimento da vida em comum. O autor da ação, para ser contemplado com alimentos, precisava aprovar, além da necessidade, tanto sua inocência como a culpa do réu. Até a simples iniciativa judicial de buscar a separação excluía o direito de pleitear alimentos.

O antigo Código Civil impedia a renúncia quanto à obrigação de alimentar e destacava que a mesma era intransmissível. Contudo, a lei n° 6.515, de 26 de dezembro de 1977, Lei do Divórcio, e o Código Civil atual permitem a transmissão do dever de prestar alimentos aos herdeiros do devedor.

O Código Civil vigente não descreve o motivo e nem a relação da causa da obrigação alimentar (BRASIL, 2002).

Já o artigo 229, da Constituição Federal relaciona a natureza jurídica ao poder familiar e legitima que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (BRASIL, 1988).

Com a determinação de direitos iguais a homens e mulheres, nota-se que ambos passaram a ser responsáveis pela manutenção e sustento da casa.

Gomes (2012, p. 427) doutrina que:

> Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

Portanto, os alimentos estão relacionados à manutenção, sobrevivência e qualidade de vida e no direito de família, compreendendo classificações de acordo com os diversos pressupostos.

O artigo 1.695, do Código Civil, dispõe que "são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento" (BRASIL, 2002).

Nota-se que a fixação da obrigação alimentar está intrinsicamente associada à realização de alguns pressupostos. Dentre eles, é possível relacionar: o princípio da solidariedade familiar, o vínculo entre o alimentante e o alimentado, a condição financeira do alimentante, a necessidade do alimentado e a aplicação do princípio da razoabilidade.

Os alimentos são classificados quanto à origem, onde podem ser classificados em legítimos, voluntários e ressarcitórios, a finalidade e natureza. Legítimos são os que começam decorrentes de uma relação parental ou do matrimônio, em favor do alimentado, segundo as

condições do alimentando. São os únicos a serem fundamentados e protegidos pelo Direito de Família, e está estabelecido no artigo 1.694, do Código Civil.

Os voluntários são os oriundos de ato solidário, ou, como o próprio descreve, ato voluntário. São alimentos que advêm de declaração de inciativa da parte que não tinha a obrigação de prestar alimentos, ou quando a obrigação se encontra prevista em testamento.

Por fim, têm-se os ressarcitórios, que são resultantes da prática de condutas ilícitas, e definem-se como forma de compensação pelo dano causado. O artigo 949, do Código Civil, designa que "no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum prejuízo que o ofendido prove haver sofrido" (BRASIL, 2002).

Quanto à finalidade dos alimentos, eles se dividem em definitivos, provisórios e provisionais. Os definitivos caracterizam-se pela duração permanente e são determinados por meio da homologação de sentença. Os provisórios são os propostos em ação e podem ser revistos a qualquer tempo, processando-se em autos separados. E os provisionais, por fim, são os que se destinam a assegurar a efetividade de um auto principal, no qual se pretende a fixação de alimentos definitivos.

Já em relação à natureza, os alimentos caracterizam-se em naturais e civis. Os naturais, ou necessários, são os imprescindíveis para manutenção, sobrevivência e qualidade de vida. Eles são devidos pela parte que iniciou ou deliberou pela separação conjugal.

É importante frisar que o Código Civil destaca que "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social" (BRASIL, 2002). Ainda, caso a situação de necessidade seja resultado da culpa de quem os pleiteia, este receberá apenas os alimentos naturais, ou seja, apenas o necessário à sua sobrevivência, não levando em conta o status social do credor, nem as possibilidades do prestador dos alimentos.

Destarte, os alimentos protegem o interesse individual do alimentando e o interesse geral, revestido de ordem pública, pois é inquestionável o pedido de auxílio entre os integrantes da estrutura familiar, quando presente a dificuldade para sobreviver.

É evidente notar que o conceito de alimentos e suas finalidades estão relacionados, visto que, compreendido o conceito de alimentos, pode-se evidenciar a sua finalidade, ou seja, para que serve os alimentos e quais suas finalidades. Diante disto, mesmo que haja diversos fundamentos e regras para os alimentos, todos têm a mesma finalidade que é atender a necessidade do alimentado.

Assim, fica clara a importância dos alimentos no ordenamento jurídico, eis que esse instituto tem como objetivo assegurar o direito à vida de quem não tem meios para se manter.

4.2 PRINCÍPIOS

Como qualquer outra norma do Direito, a obrigação alimentar é formada por diversos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o princípio da reciprocidade etc. O princípio da obrigação alimentar refere-se a um compromisso público, as regras que regulam a matéria são de ordem pública, ou seja, não se pode anular por acordo entre as partes. Assim sendo, não se pode renunciar ao direito de exigir alimentos, como disposto no artigo 1.707, do Código Civil, e não se pode estabelecer condição contrária ao disposto na lei (BRASIL, 2002).

Inúmeros princípios são citados pela doutrina, dentre os quais cabe salientar o princípio da: reciprocidade, preferência, complementaridade, mutabilidade ou da validade da prestação, da transmissibilidade, alternatividade e, por fim, o princípio da irrenunciabilidade.

Pelo princípio da reciprocidade, o artigo 1.696, do Código Civil, dispõe que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e aplicável a todos os ascendentes, incidindo a obrigação aos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Isto é, a reciprocidade da obrigação alimentar ocorre tanto entre os ascendentes como entre os descendentes. Nesse sentido, Madaleno (2015) entende que a reciprocidade está ligada ao fato de que um potencial credor poderá ser no futuro um potencial devedor de alimentos, isto é:

> [...] a fórmula para compreensão da reciprocidade está em ter presente que um potencial credor poderá ser no futuro um potencial devedor de alimentos, dado que a necessidade pode surgir para qualquer um deles e que só existe nos alimentos do Direito de Família, derivado dos vínculos de parentesco ou de conjugalidade e afetividade, à causa do dever de solidariedade, podendo desaparecer esta reciprocidade, em relação a um dos partícipes, quando, por exemplo, o credor tiver comportamento indigno em relação ao devedor (MADALENO, 2015, p. 944).

O direito de prestar alimentos, sejam eles naturais ou civis, não poderá ser cedido, penhorado e nem compensado com outros créditos, pois, conforme previsto no artigo 1.707, do Código Civil, quando a quantia é fixada, há a necessidade de quem os requer e a possibilidade financeira do requisitado (BRASIL, 2002).

O princípio da complementaridade, com base no artigo 1.698, do Código Civil, se o parente requisitado deixar de cumprir a obrigação alimentar em sua totalidade por falta de

condições financeiras, poderá chamar outros parentes, de grau imediato, para concorrer no cumprimento da dívida alimentar, respondendo na proporção de seus recursos (BRASIL, 2002).

Já o princípio da mutabilidade ou da variabilidade da prestação, até disposto no artigo 1.699, do Código Civil, que estabelece que a decisão judicial sobre alimentos, faz coisa julgada formal, mas não material, isto é, ela é variável podendo ser modificada a qualquer tempo, sempre em decorrência da variação financeira das partes interessadas (BRASIL, 2002). Ou seja, se o valor determinado da pensão alimentícia corresponde a um critério de proporcionalidade entre as necessidades do alimentado e os recursos do alimentante, sempre que o binômio se alterar, produzirá efeitos imediatos sobre a pensão, provocando exoneração, redução ou majoração. Assim, entende-se que a revisão é de fundamento da obrigação alimentar. Nesse sentido, Rizzardo (2011) entende que o valor da prestação pode ser modificado, todas as vezes que ocorrer modificação na situação econômica de quem paga, ou recebe os alimentos:

> A pensão alimentícia é variável, segundo as circunstâncias vigentes na época do pagamento. A situação econômica das pessoas modifica-se facilmente, ora aumentando os rendimentos econômicos, ora diminuindo. As necessidades também não permanecem estáticas. Crescem quando o filho avança nos estudos, ou quando o alimentando, por fatores alheios à sua vontade, deixa de exercer atividade lucrativa (RIZZARDO, 2011, p. 658).

Quanto ao princípio da transmissibilidade, o artigo 1.700, do Código Civil, dispõe que os alimentos poderão ser cobrados do espólio, ou de cada herdeiro, mas sempre no limite das forças da herança, respondendo cada herdeiro, na proporção à parte que lhe couber na herança. No entanto, o artigo 1.792, do Código Civil, modificou a transmissibilidade da obrigação alimentar ao determinar que o dever de prestar alimentos será transmitido aos herdeiros do falecido, nos limites da herança, enquanto não for encerrado o inventário, o autor da ação de alimentos, e provável herdeiro, não pode ficar sem condições de sustento no decorrer do processo (BRASIL, 2002).

Já o princípio da alternatividade trata dos alimentos que podem ser pagos em dinheiro, mediante o pagamento de prestação pecuniária, ou pagamento em espécie, como moradia, alimentação, vestuário, bem como prestar o necessário à sua educação, quando menor. O artigo 1.701, do Código Civil, determina ao devedor de alimentos a faculdade de optar entre o cumprimento da pensão alimentícia em espécie ou em dinheiro, isto é, o artigo jurídico indica uma obrigação alternativa. O direito de escolha não é absoluto, pois, o parágrafo único do

referido artigo confere ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, o poder de fixar a forma do cumprimento da prestação.

O princípio da irrenunciabilidade encontra amparo no artigo 1.707, do Código Civil, que dispõe que o direito aos alimentos é irrenunciável, não podendo as partes ajustarem, de modo diverso, seja por contrato ou convenção (BRASIL, 2002).

Nessa seara, Spengler (2002, p. 25) afirma, quanto à irrenunciabilidade que:

> [...] é decorrente do fato de que, sendo o direito a alimentos personalíssimos, é tutelado pelo Estado, predominando o interesse público, que não permite sejam agravados seus encargos com o sustento de pessoas necessitadas, quando poderiam obter auxílio daqueles a quem a lei determina que o prestem.

Contudo, há de atentar-se que, de acordo com o mesmo artigo mencionado anteriormente, o que é irrenunciável é o direito aos alimentos, não o seu exercício. Portanto, a pessoa pode possuir verba alimentar ajustada judicialmente, e deixando de exercer seu direito, não recebê-la e não executar o débito existente favorável a si, em caso de inadimplemento do devedor.

É importante salientar que, em se tratando da irrenunciabilidade dos alimentos devidos aos infantes, decorrentes da sua condição de menor incapaz, é vedada a sua renunciabilidade pelos pais, tendo em vista não ser lícito renunciar um direito que não lhes pertence.

4.3 FORMAS DE ALIMENTOS

Existem inúmeras causas das quais decorrem do direito de requerer alimentos, bem como múltiplos são os fundamentos jurídicos internos que o estabelece, cada qual com os seus princípios. Contudo, a direção é no sentido de padronização do tratamento para a regulamentação dos alimentos, nesse sentido Cahali (2002, p. 51) versa: “A necessidade de sua sistematização é recomendada seja em razão das múltiplas alterações introduzidas por um complexo de leis extravagantes, seja em razão da reformulação de muitos de seus conceitos por ativa elaboração jurisprudencial”.

Após o Código Civil Brasileiro de 2002, dividir o direito de família em direitos de natureza pessoal e direito de natureza patrimonial, ficou evidente essa uniformização, onde foi

inserido o instituto dos alimentos na categoria de direito de natureza patrimonial, abordando de forma indeterminada da obrigação decorrente do parentesco, do casamento ou da união estável.

Diante do contexto de diferença de fundamentos jurídicos internos ajustando as diversas causas jurídicas, pode-se dizer que os alimentos se classificam quanto à natureza, quanto à causa jurídica, quanto à sua finalidade, quanto ao momento da prestação e quanto à modalidade da prestação. Ao abordar os alimentos quanto à sua finalidade, se faz uma breve análise quanto à sua natureza.

No que se refere à natureza, os alimentos podem ser naturais ou necessários, ou podem ser civis ou côngruos. De acordo com Madaleno (2015), os alimentos naturais são aqueles destinados às necessidades básicas do necessitado, na qual englobam as despesas com saúde, alimentação, vestuário e moradia. São aqueles considerados indispensáveis para a sobrevivência do alimentando, devendo ser fixados, pelo juiz, de acordo com as necessidades de cada caso. Já os alimentos naturais são os equivalentes ao indispensável à satisfação das necessidades básicas de uma pessoa, ou seja, para a sobrevivência.

São considerados como necessidades do alimentando, segundo Lôbo (2014): alimentação, habitação, educação, saúde.

A alimentação compreende o necessário para subsistência do alimentando, levando em consideração que seja uma alimentação capaz de dar condições saudáveis ao desenvolvimento do alimentando. A habitação trata-se da moradia, no aspecto da manutenção e conservação da habitação ou pagamento de aluguel, levando-se em consideração os gastos com impostos e taxa da administração pública. Com relação à educação, representa os gastos obtidos com livros, uniformes e transportes escolares etc. Cabe salientar que a maioridade civil não é razão suficiente para extinção do direito aos alimentos, justamente para garantir uma educação adequada.

No que diz respeito à necessidade do alimentando à saúde, trata-se da inclusão em um plano de saúde ou convênio com empresa privada de assistência médica, além de gastos com médicos e dentistas, remédios e tratamentos ortodônticos e internação hospitalar. Já quanto à natureza Civil ou Côngruos, refere-se às necessidades relativas à manutenção da qualidade de vida e de seu status social, tais como os intelectuais e morais, ou seja, instrução, recreação, assistência

De acordo com o entendimento de Madaleno (2015), os alimentos civis servem para realização social do alimentando, na qual entra suas necessidades intelectuais e morais, incluindo as despesas com educação e lazer. Já os alimentos cíveis devem proporcionar uma quantidade que atinja às necessidades gerais do alimentando, considerando estas de forma

ampla, e procurando dentro do possível e das possibilidades financeiras manter a qualidade de vida. A finalidade desta natureza de alimentos, além de incluir a subsistência da pessoa, deve incidir de forma a preservar sua realização social.

No que tange à causa jurídica, os alimentos podem ser legítimos, voluntários e indenizatórios. Os alimentos legais ou legítimos são alimentos determinados por lei, isto é, aqueles devidos de uma obrigação legal, decorrentes de parentesco, casamento ou companheirismo, tendo previsão no art. 1.694, do Código Civil (BRASIL, 2002).

A obrigação alimentícia pode se originar, também, da atividade humana e resulta de atos voluntários ou de atos jurídicos. São os alimentos aos quais uma pessoa voluntariamente se obriga, sem que tenha dever legal de prestá-los. Podem decorrer de declaração de vontade intervivos, sendo próprios do direito obrigacional, e chamado, também, obrigacionais, ou de declaração de vontade *causa mortis*, em testamento, sendo próprios do direito sucessório, chamados também testamentários.

Segundo o artigo 948, II, e o artigo 950, ambos do Código Civil, a obrigação alimentar decorrente da prática de ato ilícito, pertence também ao direito obrigacional, e é uma forma de indenização (BRASIL, 2002).

Somente os alimentos legais são de direito de família, de modo que, exclusivamente a eles, se aplica a regulação da prisão civil por não pagamento. Também vem sendo concedido ação revisional de alimentos na indenização do ato ilícito, tendo como objetivo a retificação de pensões a que foi condenado o causador do dano, nos termos do artigo 1.537 e seguintes do Código Civil.

Quanto à finalidade, os alimentos podem ser classificados como provisionais, provisórios e regulares ou definitivos.

São provisórios os alimentos determinados judicialmente, em liminar de ação de alimentos, por meio de prova pré-constituída de parentesco, casamento ou união estável. Sua fixação é obrigatória, se requeridos, e se efetivada a prova em questão, não sendo dado, ao juiz, fazer outro juízo de valor que não o cumprimento deste requisito legal. Deve ser proposto com Ação de Alimentos pelo Rito Especial e terá direito aos alimentos provisórios, fixados de imediato ao despachar a petição inicial pelo juiz.

Desde a vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, foi instituído dois tipos de alimentos, os provisórios e os definitivos. A Lei 5.478/68, que versa sobre a Ação de Alimentos, traz a expressão de alimentos provisórios em seu artigo 4º: "Art. 4º: Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita" (BRASIL, 1968).

Os alimentos provisórios são os fixados liminarmente pelo juiz, no despacho inicial da ação de alimentos, de natureza de tutela antecipada, sendo possível quando houver prova pré-constituída do parentesco, casamento ou união estável. O artigo 531, do Código de Processo Civil, traz somente a expressão de alimentos provisórios:

> Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.
> § 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.
> § 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença (BRASIL, 2015).

Já os alimentos definitivos são os permanentes, apesar de serem passíveis de revisão, eles podem ser de acordo com as partes e homologados judicialmente ou fixados em sentença, salvo possibilidade de estabelecimento em divórcio consensual por escritura pública. São estabelecidos na sentença, na qual são fixados, normalmente, em percentual sobre o salário mínimo vigente no país, ou ainda, sobre valor da remuneração do alimentante. São alimentos fixados pelo juiz ou pelas partes, no caso de separação judicial consensual, ocorrendo o pagamento em prestações periódicas, de caráter permanente, embora seja possível a revisão, conforme entendimento de Venosa (2004. p. 391), "são regulares ou definitivos os alimentos estabelecidos como pensão periódica, ainda que sempre sujeitos à revisão judicial".

Conforme declina o artigo 1.699, do Código Civil, os alimentos definitivos são alimentos determinados em sentença transitada em julgado, da qual não cabe recurso, podendo ser revista a qualquer tempo. Os artigos 911, 912 e 913, do Código de Processo Civil, tratam da execução de alimentos. Os alimentos definitivos ou regulares podem estar sujeitos à modificação, em razão da alteração da necessidade ou possibilidade das partes. Retroagem à data da citação do demandado, ou então à data da fixação dos alimentos provisórios ou provisionais, substituindo-os (BRASIL, 2002).

Quanto ao momento da prestação, os alimentos pretéritos concernem ao período anterior à propositura da ação, os alimentos atuais, a partir do ajuizamento, e os alimentos futuros, a partir da sentença, sendo certo que os primeiros são afastados pelo direito brasileiro.

4.4 PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é o tipo de guarda em os genitores dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Em face

dessa discussão, questiona-se sobre a possibilidade, ou não, de fixação, desobrigação ou redução da obrigação alimentar dos genitores com a introdução da modalidade da guarda compartilhada. O dever alimentar não extingue ou é reduzido tão somente pela adoção da guarda compartilhada. Essa modalidade de guarda, diz respeito à divisão de responsabilidades e decisões na vida dos filhos, e não à extinção do dever de um dos pais, em relação aos alimentos do filho.

A prestação de alimentos encontra-se embasada na Carta Magna, no ECA no Código Civil.

O artigo 229, da Carta Magna, dispõe que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (BRASIL, 1988).

O artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.609/90) estabelece que, "aos pais, incumbe 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" (BRASIL, 1990).

Outrossim, o Direito Civil, dispõe a prestação de alimentos como obrigação às pessoas que a lei estabelece para presta-lhe auxílio ao outro, em caso de sobrevivência. Os artigos 1.566 e 1.568 descrevem sobre a responsabilidade alimentar dos pais quanto aos filhos.

O artigo 1.566, IV, do Código Civil, determina que é dever de ambos os genitores "o sustento, guarda e educação dos filhos", e o artigo 1.568, salienta que "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" (BRASIL, 2002).

Rosa (2012, p. 172) discorre acerca do tema:

> As necessidades dos filhos, quando crianças e adolescentes, são presumidas, não necessitando de grandes justificativas a serem levadas ao julgador, sendo evidente que precisam do atendimento de suas necessidades de alimentação, vestuário, educação e lazer. Todavia, atentando ao binômio necessidade possibilidade, previsto no art. 1.694, § 1, de nossa codificação civil, faz-se mister que, possuindo o filho necessidades diferenciadas, a comprovação é imperiosa nos autos da ação de alimentos para que haja a fixação em patamar diferenciado.

O possuidor da guarda terá a atribuição de atender às necessidades vitais à manutenção e qualidade de vida dos filhos, enquanto ao outro genitor cabe o exercício de fiscalizar como a pensão alimentícia está sendo utilizada e se está sendo usada totalmente em favor do infante.

Sobre o período de férias, Rosa (2015, p. 104) afirma:

> [...] Mesmo que o genitor não guardião fique a totalidade do período em companhia do filho, permanecem os alimentos que estão fixados. Isso porque, por mais que o filho esteja sendo atendido em suas necessidades básicas durante esse período por parte do alimentante, é certo que aquele genitor que administra os valores da verba alimentar possui despesas fixas, tais como mensalidade da escola, internet, cursos, entre outros.

Portanto, é incorreto o entendimento de que a lei n° 13.058/2014, que estabelece a guarda compartilhada, seria capaz de isentar, eximir ou reduzir a prestação de alimentos devida a um dos genitores.

Além disso, Tessari (2012, p. 172) destaca, sobre relação às questões tributárias:

> [...] Em se tratando de pensão alimentícia, aquele que paga o pensionamento poderá abater em sua declaração de imposto de renda os valores pagos. Por outro lado, aquele que estiver com a custódia física da prole poderá deduzir todas as despesas que compreendem quaisquer outros dispêndios que não estejam compreendidos nos valores pagos a título de pensão alimentar. Essas despesas podem ser com alimentação, lazer, cursos educacionais, vestimenta, saúde ou qualquer outra espécie.

A prestação alimentar é fixada de acordo com os requisitos do binômio necessidade-possibilidade e o princípio da razoabilidade (proporcionalidade).

É fundamental destacar que cabe ao magistrado verificar os requisitos citados anteriormente, e observar, também, o nível de responsabilidade da prestação alimentícia condicionada ao genitor não detentor da guarda.

A Legislação Civil Brasileira não fixa um valor preciso como referência. No entanto, com o passar do tempo, restou convencionado no âmbito do Direito que o valor máximo estabelecido, gira em torno de 30% dos rendimentos do alimentante.

Em regra, quando há a fixação de alimentos, o genitor que possui a guarda fica com a responsabilidade de administrar as prestações recebidas. Todavia, como forma de proteger os interesses dos infantes, a administração e fiscalização cabem a ambos os genitores.

O doutrinador Cahali (2003, p. 572) dispõe acerca do direito de fiscalização da guarda, criação, sustento e educação da prole atribuída ao cônjuge, ou a terceiro, que “está ínsita a faculdade de reclamar em juízo a prestação de contas daquele que exerce a guarda dos filhos, relativamente ao numerário fornecido pelo genitor alimentante.”

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que a má aplicação dos valores auferidos pelo detentor da guarda não beneficiará o autor da lide, uma vez que os valores fixados só poderão ser revistos e redefinidos pelos meios processuais específicos para esse fim.

Afixação de alimentos na modalidade de guarda compartilhada está diretamente ligada às condições econômicas do alimentante e do alimentado. Portanto, destaca-se que não há o que mencionar quanto à redução, omissão ou exoneração de prestação alimentar.

Como evidenciado anteriormente, apesar das decisões a respeito dos filhos serem tomadas por ambos os genitores, a guarda, indubitavelmente, fica com apenas um deles. Portanto, é errônea a ideia de que, durante a guarda compartilhada, não mais existe a obrigação de pagamento da pensão alimentícia, pois, aquele que não ficou com a guarda, tem a obrigação de ajudar financeiramente o infante.

Contudo, há uma divisão equilibrada dos gastos na criação dos filhos, na medida das condições financeiras de cada um dos genitores, levando em consideração o que foi antecipadamente acordado. Então, além de dividirem os cuidados e as principais decisões sobre os filhos, os pais também devem dividir as despesas.

As consequências para o genitor que descumprir o que foi acordado e deixar de pagar a pensão são as mesmas da guarda unilateral, ou seja, pode sofrer execução até com a possibilidade de ter a prisão decretada, além de outras medidas, como a inscrição de seu nome no cadastro de devedores de pensão alimentícia, em empresas de proteção ao crédito, como SPC e SERASA.

Assim, se o genitor que não possui a guarda da criança, fizer um pedido de guarda compartilhada judicialmente, e o juiz, revisando a decisão anterior, a conceda, o pagamento da pensão alimentícia permanecerá, eis que a alteração da modalidade de guarda unilateral para guarda compartilhada trará proveitos/benefícios para a criança e/o adolescente, o que não se confunde com a desobrigação financeira.

Assim, a modalidade de guarda compartilhada não impede afixação de alimentos, visto que, nem sempre, os genitores possuem as mesmas condições econômicas. Para a fixação dos alimentos na guarda compartilhada, há que se considerar o binômio necessidade/possibilidade do alimentado e do alimentante.

4.5 TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL DIANTE DA LEI Nº 13.058/14

Inicialmente, cabe informar que a questão da aplicação da pensão alimentícia na guarda compartilhada vem tendo grande notoriedade e repercussão, atualmente.

Ainda que, quando instituída a modalidade da guarda compartilhada, no Brasil, tenham surgido várias discussões e divergências quanto ao tema, a doutrina e a jurisprudência têm seguido o entendimento de que a prestação de alimentos, neste gênero de guarda, é direito

líquido e certo do alimentando, e que essa prestação cobre despesas de educação, saúde, alimentação, vestuário, dentre outros.

Nesse sentido, é da jurisprudência de Santa Catarina (2017):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. **FIXAÇÃO DE ALIMENTOS** PROVISÓRIOS E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. **GUARDA COMPARTILHADA**. CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. **PENSÃO ALIMENTÍCIA**. FILHAS MENORES. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA EM RAZÃO DA MODALIDADE DE GUARDA AJUSTADA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR ARBITRADO. SUSTENTADA INCAPACIDADE FINANCEIRA. MÍNGUA PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Havendo decisão superveniente alterando os termos daquela recorrida, é de se reconhecer a perda do objeto recursal, cabendo à parte, querendo, atacar, pela via adequada, o novo interlocutório" (SANTA CATARINA, 2017a, grifo nosso)
>
> **Ainda que haja o exercício da guarda compartilhada, se fixada residência com a genitora, nada mais razoável que o pai também ajude financeiramente para proporcionar o sustento, a educação e o desenvolvimento integral das infantes. "A fixação dos alimentos deve atender ao critério da proporcionalidade entre a disponibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando, segundo o princípio contido no art. 1.694, § 1º, do Código Civil em vigor**. Em atendimento ao art. 373, I, do CPC/2015, o ônus da prova cabe a quem alega, portanto, aquele que pugna pela redução da verba alimentar ou sua exoneração deve fazer prova convincente da impossibilidade de arcar com as expensas ou da alteração da capacidade financeira. Ausente tais comprovações não pode prosperar o requerimento do alimentante" (SANTA CATARINA, 2017b, grifo nosso).

Também:

> AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS, FIXAÇÃO DE ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL DESDE O NASCIMENTO DO FILHO DO CASAL, DETERMINANDO A PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A VIGÊNCIA DA UNIÃO NA FORMA IDEAL, CONCEDEU A GUARDA UNILATERAL À AUTORA E ARBITROU ALIMENTOS NA PROPORÇÃO DE 20% DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE. INSURGÊNCIA DO RÉU. ALEGAÇÃO DE QUE A UNIÃO ESTÁVEL INICIOU-SE APENAS EM DEZEMBRO DE 2009, DIANTE DO QUE OS BENS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE NÃO DEVERIAM INTEGRAR A PARTILHA. UNIÃO ESTÁVEL DEVIDAMENTE COMPROVADA PELA PROVA TESTEMUNHAL DESDE 19.1.2002. ALEGAÇÃO DE QUE O AUTOMÓVEL CAPTIVA E A MOTOCICLETA KAWASAKI FORAM ADQUIRIDOS POR SUB-ROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. BENS QUE DEVEM INTEGRAR A PARTILHA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA E MINORAÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE INDIQUEM QUE OS GENITORES NÃO POSSAM EXERCER A GUARDA CONJUNTAMENTE. **FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR.** NECESSIDADES DO ADOLESCENTE PRESUMIDAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A união estável é reconhecida como entidade familiar e configura-se pela convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas com o intuito de constituir família, conforme se infere do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, bem como do artigo 1.723 do Código Civil. Ausentes

> provas de que um determinado bem foi adquirido em sub-rogação a outro pertencente a somente um dos conviventes em período anterior à união estável, presume-se que sua aquisição se deu por colaboração comum de ambos e, consequentemente, deverá integrar a partilha de bens. A guarda compartilhada tornou-se uma alternativa jurídica para minimizar o sofrimento dos filhos em decorrência da separação dos pais. Visa-se preservar o convívio sadio e menos beligerante possível para os menores em relação aos genitores, objetivando que os tumultos conjugais não interfiram na relação pais-filhos-família. E mais, que o comprometimento parental permaneça intocável preservando também o núcleo familiar que não se desfaz pela separação do casal, visto que desta forma traz muito menos malefícios à prole do que quando regulada minuciosamente as visitas. **A fixação dos alimentos deve atender ao binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentando, segundo a norma contida no art. 1.694, § 1º, do Código Civil em vigor** (SANTA CATARINA, 2015a, grifo nosso).

E ainda:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PEDIDO DE GUARDA E ALIMENTOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE **ESTABELECEU A GUARDA COMPARTILHADA E FIXOU O LAR DO GENITOR COMO RESIDÊNCIA BASE DO INFANTE, BEM COMO FIXOU ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 20% DOS RENDIMENTOS DA MÃE**. IRRESIGNAÇÃO DA GENITORA. REFORMA DA DECISÃO SOB O ARGUMENTO DE QUE, NA VERDADE, HOUVE A FIXAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DO GENITOR. ALEGADA CONTRADIÇÃO DO DECISUM COM OS LAUDOS TÉCNICOS SOCIAIS. ACOLHIMENTO. RESIDÊNCIA BASE QUE DEVE SER FIXADA A QUEM DETIVER MELHORES CONDIÇÕES DE ASSISTIR AO INFANTE. PARECERES SOCIAIS ELABORADOS SOBRE A ATUAL CONJUNTURA DO NÚCLEO FAMILIAR QUE SUGEREM, EXPRESSAMENTE, SER A RESIDÊNCIA DA AGRAVANTE/GENITORA MAIS FAVORÁVEL AO DESENVOLVIMENTO DO FILHO. CRIANÇA QUE, INCLUSIVE, MANIFESTA-SE PERANTE A ASSISTENTE SOCIAL NESTE SENTIDO. REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA QUE SE MOSTRA POSITIVA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, E ATUALMENTE IMPOSTA COMO REGRA PELO ARTIGO 1.583, § 1º, PARTE FINAL, E § 2º, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INVERSÃO DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ENCARGO QUE FICARÁ SOB RESPONSABILIDADE DO AGRAVADO. VERBA FIXADA COM OBSERVÂNCIA AO TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO (SANTA CATARINA, 2015b, grifo nosso).

Conforme as jurisprudências, fica claro que os Tribunais têm entendido que, caso o alimentante não demonstre que houve piora quanto à sua situação financeira, deverá ele contribuir na proporção de seus rendimentos.

Assim, a guarda compartilhada, ao ser determinada, terá que analisar os princípios para que haja igualdade de obrigações entre os genitores na prestação alimentar a ser fixada de modo justo e igualitário, pois, os genitores, nesta modalidade, irão dividir entre si suas obrigações.

O artigo 1.694, §1º, do Código Civil, estabelece que os alimentos devem ser considerados pelo binômio necessidade-possibilidade, para que os sejam fixados tendo em vista

as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Cabe ao juiz averiguar, também, a real necessidade do alimentando, se o valor determinado é coerente e o grau de razoabilidade.

Na prática, o que se observa é que, com a modalidade da guarda compartilhada, regulamentada pela Lei 13.058/2014, há uma maior atuação de ambos os genitores com relação aos filhos, no que diz respeito às despesas diárias, assim, refletindo no valor da pensão alimentícia, apesar do instituto da guarda não determinar tal restrição.

Destarte, salienta-se que a obrigação alimentar se estende aos ascendentes e que a maioridade civil não, necessariamente, exime o genitor quanto à prestação alimentícia. Nesse caso, há entendimento por parte do Tribunal de Justiça de que o alimentando deve demonstrar a sua necessidade e a condição financeira do alimentante.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa minuciosa, que teve por propósito analisar os direitos e garantias referentes à fixação da prestação de alimentos, na guarda compartilhada. Tal estudo serviu para expor as definições de guarda, alimentos e, notadamente, da prestação de alimentos na guarda compartilhada, onde se constatou que os alimentos são os propulsores dos indivíduos, de forma que nenhuma pessoa pode sobreviver sem estes.

Verifica-se que, com a evolução do conceito de família, o modo de relacionamento e a estrutura familiar foram sensivelmente modificados. Enquanto o Patriarca passou a auxiliar a figura materna no processo de desenvolvimento dos infantes, a mulher assumiu o papel de mantenedora, responsável pelo sustento da família, e foi em busca de sua independência financeira, realização profissional e pessoal.

No que se refere à guarda compartilhada, nota-se que a mesma passou a ser imposta pelos magistrados, como a melhor forma viável a ser utilizada em situações de dissolução conjugal, depois da Lei n° 13.058, de 2014.

Com relação às alterações sofridas no Direito Civil Brasileiro, observou-se que a prestação de alimentos é condicionada às condições financeiras do alimentante, às necessidades do alimentado e, também, ao princípio da proporcionalidade.

Conclui-se, então, que a prestação de alimentos na guarda compartilhada é analisada mediante o binômio necessidade/possibilidade do alimentante e do alimentado, e que não há possibilidade de redução, omissão ou exoneração quanto ao dever obrigacional de prestação de alimentos.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Ingrith Gomes. **Uma releitura da guarda compartilhada à luz do direito brasileiro**. 2007. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) -Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. **Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm.> Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1585 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. Presidência da República. Brasília, DF. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm.> Acesso em: 27 jun. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CABRAL. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável.** 2010. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos.> Acesso em 30 de outubro de 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de – Direito das famílias. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 734.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey LTDA., 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de família. 4. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson**. Direito das famílias**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **Evolução Histórica Envolvendo o Direito de Família**. 2013. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108>. Acesso em: 17 nov. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** – São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MATA, Ronaldy Cajueiro de Melo da. **Guarda Compartilhada**: da exceção à regra. 2004. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia Cultural**: Iniciação, teorias e temas. 17. ed. Petrópolis: Vozes. 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família**: Conceito e Evolução Histórica e Sua Importância. 2007. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PEREIRA, Potyara. A.P. Mudanças estruturais, política social e papel da família: crítica ao pluralismo de bem-estar. In: MIONE, Apolinário; MATOS, Maurilio Castro de Leal, Maria Cristina (Orgs). **Política social, família e juventude**: uma questão de direitos. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

PIMENTEL, Adelma. Cuidado paterno e enfrentamento da violência. São Paulo: Summus, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. Doutrina e Prática dos Alimentos. 3ª ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 2003, p.17.

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

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 02.009848-0. Relator: Mazoni Ferreira. Florianópolis, 3 de outubro de 2002. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5075797/agravo-de-instrumento-ai-98480-sc-2002009848-0>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 4004860-74.2016.8.24.0000. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Florianópolis, 29 de junho de 2017a. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/476340514/agravo-de-instrumento-ai-40048607420168240000-joacaba-4004860-7420168240000/inteiro-teor-476340565>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 4001563-25.2017.8.24.0000. Relator: Des. Cláudia Lambert de Faria. Florianópolis, 26 de setembro de 2017b. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504073015/agravo-de-instrumento-ai-40015632520178240000-mafra-4001563-2520178240000/inteiro-teor-504073109>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 2015.027842-7. Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. Florianópolis, 14 de julho de 2015b. Disponível em: < https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25170798/agravo-de-instrumento-ag-20130747627-sc-2013074762-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-25170799 >. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. _____. Apelação Cível n. 2015.052996-0. Relator: Des. Sebastião César Evangelista. Florianópolis, 08 de outubro de 2015a. Disponível em: < https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495109352/apelacao-civel-ac-33622920168240091-capital-0003362-2920168240091/inteiro-teor-495109400?ref=juris-tabs >. Acesso em: 17 nov. 2017.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. Alimentos: da ação a execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 25.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 5: Direito de família. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Autoridade Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autoridade Parental.** In: Manual de direito das famílias e das sucessões. Coordenadores Ana carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. 2° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 4ª ed.v.6. São Paulo: Atlas, 2004, p.391.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Vol. VI - Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRA, Fernanda de Melo**. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais**. In: Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Coordenadores Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. 2° ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MORAES, Magali Aparecida Vieira de. **A evolução do Conceito de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2014. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/28568/a-evolução-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Alimentos. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p.11.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** São Paulo: Atlas, 1995.

ANEXOS

ANEXO A - Agravo de instrumento n. 4008214-10.2016.8.24.0000

Agravo de Instrumento n. 4008214-10.2016.8.24.0000, de São José

Relator: Des. Fernando Carioni

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA.CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. FILHAS MENORES. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA EM RAZÃO DA MODALIDADE DEGUARDA AJUSTADA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR ARBITRADO. SUSTENTADA INCAPACIDADE FINANCEIRA. MÍNGUA PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"Havendo decisão superveniente alterando os termos daquela recorrida, é de se reconhecer a perda do objeto recursal, cabendo à parte, querendo, atacar, pela via adequada, o novo interlocutório" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010587-14.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 2-2-2017).

Ainda que haja o exercício da guarda compartilhada, se fixada residência com a genitora, nada mais razoável que o pai também ajude financeiramente para proporcionar o sustento, a educação e o desenvolvimento integral das infantes.

"A fixação dos alimentos deve atender ao critério da proporcionalidade entre a disponibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando, segundo o princípio contido no art. 1.694, § 1º, do Código Civil em vigor. Em atendimento ao art. 373, I, do CPC/2015, o ônus da prova cabe a quem alega, portanto, aquele que pugna pela redução da verba alimentar ou sua exoneração deve fazer prova convincente da impossibilidade de arcar com as expensas ou da alteração da capacidade financeira. Ausente tais comprovações não pode prosperar o requerimento do alimentante" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004918-77.2016.8.24.0000, de Braço do Norte, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 8-6-2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4008214-10.2016.8.24.0000, da comarca de São José (2ª Vara da Família) em que é agravante N. J. dos S. e agravadas M. E. T. dos S. e V. T. dos S.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de julho de 2017, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 26 de julho de 2016.

Fernando Carioni

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

N. J. dos S. interpôs agravo de instrumento com pedido de liminar contra a decisão proferida pela MMa. Juíza de Direito, Dra. Maria da Conceição dos Santos Mendes, da 2ª Vara da Família da comarca de São José que, nos autos da Ação de Regularização de Guarda, Alimentos e Direito de Visita n. 0303204-79.2016.8.24.0064, fixou alimentos provisórios devidos às filhas em 30% (trinta por cento) dos seus rendimentos e regulamentou o direito de visitas.

Relata que a situação das agravadas e de seus genitores é de guarda compartilhada, pois as responsabilidades são divididas, de modo que sem dia certo ou sempre que necessário está com as filhas para auxiliá-las.

Alega que se recebesse a renda mensal mencionada pelas agravadas, a pensão alimentícia seria no valor de R$ 1.260,00 (mil duzentos e sessenta reais), de forma que os seus rendimentos mensais não coadunam com o exposto.

Menciona ser inaplicável a fixação de alimentos, uma vez que a guarda exercida é a compartilhada, em que a rotina das filhas é dividida entre os genitores, tanto em relação à moradia, alimentação, vestuário e lazer.

Requer, desse modo, a reforma da decisão para que seja estabelecida a guarda compartilhada, de modo que deve ser desobrigado a pagaralimentos às agravadas. Alternativamente, pleiteia a redução da pensão alimentícia fixada.

Nessa instância, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi negado (fls. 110-115).

Intimadas, as agravadas não apresentaram contraminuta (fl. 118).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 122-128).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por N. J. dos S. contra a decisão que fixou alimentos provisórios devidos às filhas em 30% (trinta por cento) dos seus rendimentos e regulamentou o direito de visitas.

Inicialmente, em consulta aos autos de origem, observa-se que em 11-4-2017 foi realizada audiência e ocorreu a conciliação entre as partes quanto à guarda compartilhada, nos seguintes termos:

I - A guarda das filhas será compartilhada, com residência na casa da mãe, resguardado ao pai o direito de visita-las em: (a)- em finais de semana alternados, após o horário escolar na sexta-feira e com devolução na segunda-feira no colégio antes do horário escolar; e mais um dia no meio da semana a ser combinado livremente entre os genitores; (b)- no dia dos pais e no aniversário do genitor, com o homenageado e no dia das mães e a aniversário da mesma, com a homenageada; (c)- nos anos pares, a criança acompanharão o pai no Natal e Carnaval, e ficarão em companhia da mãe nas festividades de Páscoa e de Ano Novo, invertendo-se este critério nos anos ímpares, (d)- nas férias escolares, oportunamente, as filhas permanecerão meio período das férias com cada genitor. Caberá ao genitor visitante retirar e restituir as crianças na residência da guardadora. As partes não acordaram quanto aos alimentos, desistindo da prova testemunhal (fl. 205 dos autos de origem).

Flagrante, desse modo, a perda superveniente do objeto recursal quanto ao requerimento de guarda compartilhada.

Sobre o tema, colhe-se do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. DECISÃO QUE TRANSFERIU AGUARDA PROVISÓRIA DA MENOR AO GENITOR. INSURGÊNCIA AVIADA PELA MÃE. PROLAÇÃO DE NOVO DECISUM ESTABELECENDO AGUARDA COMPARTILHADA. PERDA DO OBJETO RECURSAL. AGRAVANTE QUE, QUERENDO, DEVERÁ SE INSURGIR CONTRA A NOVA DECISÃO QUE DELIBEROU SOBRE A GUARDA DA CRIANÇA.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

Havendo decisão superveniente alterando os termos daquela recorrida, é de se reconhecer a perda do objeto recursal, cabendo à parte, querendo, atacar, pela via adequada, o novo interlocutório (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010587-14.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 2-2-2017).

Em seguida, sustenta o agravante, em síntese, ser inaplicável a fixação de alimentos, pois a guarda exercida é a compartilhada, em que a rotina das filhas é dividida entre os genitores, tanto em relação à moradia, alimentação, vestuário e lazer.

No caso em tela, ainda que as partes tenham acordado sobre aguarda compartilhada, as filhas residem com a mãe, de forma que necessitarão da ajuda financeira do genitor porque possuem gastos presumidos em razão de sua idade.

A par disso, se as menores moram exclusivamente com a genitora, nada mais razoável que o pai também ajude financeiramente para proporcionar o sustento, a educação e o desenvolvimento integral das infantes.

Importante mencionar, como bem asseverou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Tycho Brahe Fernandes, que "a modalidade da guarda compartilhada não exime ao pagamento de verba alimentar ao filho. [...] Dessa forma, cabível o pagamento da verba alimentar pelo agravante, uma vez que a genitora, sem dúvida, arcará com grande parte das despesas diárias para manutenção das filhas" (fls. 124-125).

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PELO ESTABELECIMENTO DE GUARDACOMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR PROVISÓRIA DESTINADA AO FILHO MENOR. CABIMENTO, NA ESPÉCIE. 1. O estabelecimento de guarda compartilhada não afasta o dever de sustento dos genitores, não havendo espaço para que se acolha o pleito exoneratório. 2. Em observância ao binômio alimentar e à atual situação econômica da alimentante, que se encontra desempregada, e sopesando a ausência de despesas extraordinárias do alimentado a serem atendidas, cabível a redução da verba alimentícia provisória em favor do alimentado de 30% para 20% salário mínimo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO (TJRS, Agravo de Instrumento n. 70073309676, rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 22-6-2017).

Além disso, o agravante alega não possuir condições financeiras para arcar com a obrigação alimentar determinada, porquanto também possui o ônus de cuidar das agravadas e, em razão disso, possui despesas com elas, o que lhe impossibilita honrar com os alimentos fixados às menores.

Ressalta-se que a obrigação de sustento dos filhos é do casal, os quais devem prover as suas necessidades básicas na proporção dos rendimentos de cada um. Logo, os alimentos são fixados levando-se em consideração a necessidade de quem os pleiteia e a possibilidade de quem os fornece.

Nesse sentido, o art. 1.695 do Código Civil dispõe que "são devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu

trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento".

Por sua vez, o § 1º do art. 1.694 do Código Civil prescreve que "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada".

A respeito, Maria Berenice Dias acentua:

Estão regulados de forma conjunta os alimentos decorrentes dos laços de consanguinidade, de solidariedade, do poder familiar, do casamento ou da união estável. Os alimentos devem sempre permitir que o alimentado viva de modo compatível com a sua condição social. Ainda que seja esse o direito do credor, na quantificação de valores é necessário que se atente às possibilidades do devedor de cumprir o encargo. Assim, de um lado há alguém com direito a alimentos e, de outro, alguém obrigado a alcançá-los.

[...] Para definir valores, há que se atentar ao dogma que norteia a obrigação alimentar: o princípio da proporcionalidade. Esse é o vetor para afixação de alimentos. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, segue de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.

O critério mais seguro para resguardar o princípio da proporcionalidade é mediante a vinculação aos rendimentos do alimentante. Dessa maneira, fica garantido o reajuste dos alimentos no mesmo percentual dos ganhos do devedor, afastando-se discussões acerca da defasagem dos valores da pensão.

[...]

Cabe, ao juiz, fixar os alimentos. Para isso, precisa dispor dos meios necessários para saber das necessidades do credor e das possibilidades do devedor (Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 578-580).

Assim, em atenção ao princípio da proporcionalidade, o deferimento da majoração da verba alimentar necessita de comprovação a cargo do alimentando, ao passo que o deferimento da redução dos alimentos necessita de demonstração pelo alimentante, de modo que a análise a ser feita pelo magistrado deve pautar-se pelo binômio necessidade e possibilidade.

Deve-se levar em conta que as menores estão com 11 (onze) e 8 (oito) anos de idade (fls. 22-23 dos autos originais) e que suas necessidades são presumidas, sendo manifesta a incapacidade de prover seu sustento.

Retira-se dos autos que o agravante labora como corretor na empresa F. I. C. Ltda. - ME e que recebe salário bruto de R$ 1.471,09 (mil quatrocentos e setenta e um reais e nove centavos) (fl. 31), e ainda percebe benefício previdenciário de pensão por morte, no valor bruto de R$ 2.125,45 (dois mil cento e vinte e cinco reais e quarenta e cinco centavos), de forma que totaliza um rendimento mensal de R$ 3.596,54 (três mil quinhentos e noventa e seis reais e cinquenta e quatro centavos).

Elucida-se que o extrato de pagamento do INSS (fl. 32) comprova vários descontos no valor recebido pelo agravante referente a pensão por morte, que comprometem mais de 50% (cinquenta por cento) da importância recebida, contudo, com exceção da dedução da quantia de pensão alimentícia destinada às agravadas, o restante são empréstimos consignados, que não possuem relação com o sustento das filhas.

Logo, embora o agravante afirme não possuir capacidade financeira, a documentação que formou o instrumento não é suficiente a evidenciar, ao menos em cognição sumária da matéria, a impossibilidade financeira a ponto de autorizar a pretendida minoração do pensionamento.

Como salientado quando da análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal nesta instância, "verifico, em análise perfunctória, a ausência de elementos que evidenciem a plausibilidade dos fundamentos invocados pelo recorrente, porquanto este não comprovou a sua capacidade financeira e, tampouco, que antes da fixação judicial de alimentos concorresse com o custeio das despesas inerentes à criação de sua prole" (fl. 113).

Assim, por inexistir comprovação documental a sustentar o pedido de mitigação da verba alimentar, deixa-se de acolher o pleito recursal.

No mesmo sentido, citam-se julgados desta Corte, que já enfrentaram questões semelhantes, in verbis:

A fixação dos alimentos deve atender ao critério da proporcionalidade entre a disponibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando, segundo o princípio contido no art. 1.694, § 1º, do Código Civil em vigor.

Em atendimento ao art. 373, I, do CPC/2015, o ônus da prova cabe a quem alega, portanto, aquele que pugna pela redução da verba alimentar ou sua exoneração deve fazer prova convincente da impossibilidade de arcar com as expensas ou da alteração da capacidade financeira. Ausente tais comprovações não pode prosperar o requerimento do alimentante (Agravo de Instrumento n. 4004918-77.2016.8.24.0000, de Braço do Norte, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 8-6-2017).

Ausente a prova de impossibilidade financeira do agravante e presumida a necessidade dos alimentandos, resta inexitosa a redução alimentar (Agravo de Instrumento n. 0152969-35.2015.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 2-5-2017).

A fixação dos alimentos, ainda que provisórios, implica observância do critério previsto no artigo 1.694 do Código Civil, que determina a proporcionalidade entre as necessidades de quem reclama a verba alimentar e as possibilidades de quem os supre.

Ademais, os alimentos provisórios podem, da mesma forma que os definitivos, a qualquer tempo, ser revisados, desde que fique devidamente comprovada mudança no patrimônio do alimentante ou, então, alteração nas necessidades do alimentando, ou, ainda, no curso da própria demanda principal ou acessória, dependendo das provas que forem produzidas e da imprescindível simetria a ser observada no binômio necessidade/possibilidade.

Destarte, sopesadas as necessidades da Agravada e as possibilidades do Agravante, bem como as provas até então produzidas, mister se faz manter na integralidade a decisão agravada (Agravo de Instrumento n. 2015.048303-6, de Meleiro, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 11-2-2016).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso para manter inalterada a decisão atacada.

Este é o voto.

Gabinete Des. Fernando Carioni

ANEXO B - Apelação cível n. 2015.052996-0

Apelação Cível n. 2015.052996-0, de São Bento do Sul

Relator: Des. Sebastião César Evangelista

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS, FIXAÇÃO DE ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA.SENTENÇA QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL DESDE O NASCIMENTO DO FILHO DO CASAL, DETERMINANDO A PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A VIGÊNCIA DA UNIÃO NA FORMA IDEAL, CONCEDEU A GUARDAUNILATERAL À AUTORA E ARBITROU ALIMENTOS NA PROPORÇÃO DE 20% DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE. INSURGÊNCIA DO RÉU. ALEGAÇÃO DE QUE A UNIÃO ESTÁVEL INICIOU-SE APENAS EM DEZEMBRO DE 2009, DIANTE DO QUE OS BENS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE NÃO DEVERIAM INTEGRAR A PARTILHA. UNIÃO ESTÁVEL DEVIDAMENTE COMPROVADA PELA PROVA TESTEMUNHAL DESDE 19.1.2002. ALEGAÇÃO DE QUE O AUTOMÓVEL CAPTIVA E A MOTOCICLETA KAWASAKI FORAM ADQUIRIDOS POR SUB-ROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. BENS QUE DEVEM INTEGRAR A PARTILHA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA E MINORAÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE INDIQUEM QUE OS GENITORES NÃO POSSAM EXERCER A GUARDA CONJUNTAMENTE. FIXAÇÃO DA GUARDACOMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. NECESSIDADES DO ADOLESCENTE PRESUMIDAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A união estável é reconhecida como entidade familiar e configura-se pela convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas com o intuito de constituir família, conforme se infere do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, bem como do artigo 1.723 do Código Civil.

Ausentes provas de que um determinado bem foi adquirido em subrogação a outro pertencente a somente um dos conviventes em período anterior à união estável, presume-se que sua aquisição se deu por colaboração comum de ambos e, consequentemente, deverá integrar a partilha de bens.

A guarda compartilhada tornou-se uma alternativa jurídica para minimizar o sofrimento dos filhos em decorrência da separação dos pais. Visa-se preservar o convívio sadio e menos beligerante possível para os menores em relação aos genitores, objetivando que os

tumultos conjugais não interfiram na relação pais-filhos-família. E mais, que o comprometimento parental permaneça intocável preservando também o núcleo familiar que não se desfaz pela separação do casal, visto que desta forma traz muito menos malefícios à prole do que quando regulada minuciosamente as visitas.

A fixação dos alimentos deve atender ao binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentando, segundo a norma contida no art. 1.694, § 1º, do Código Civil em vigor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.052996-0, da Comarca de São Bento do Sul (2ª Vara), sendo parte apelante J. C. M. e parte apelada M. S.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Vencido parcialmente o Desembargador Gerson Cherem II, quanto a questão da guardacompartilhada. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Domingos Paludo e Gerson Cherem II. Presente à sessão o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça André Carvalho.

Florianópolis, 8 de outubro de 2015.

Sebastião César Evangelista

PRESIDENTE E Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por J. C. M. da decisão proferida na 2ª Vara da comarca de São Bento do Sul nos autos do processo n. 058130005450, em que contende com M. S.

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados na exordial a fim de reconhecer e dissolver a união estável existente entre as partes no período compreendido entre 19.1.2002 e 9.11.2012. Determinou a partilha dos bens adquiridos durante a vigência da união estável, na forma ideal, após o abatimento das dívidas anteriormente assumidas pelo casal. No que se refere à guarda, concedeu-a unilateralmente à genitora, estabelecendo a livre visitação pelo pai do adolescente, desde que a comunique com 72 horas de antecedência. Arbitrou os alimentos em favor do menor de idade em 20% dos rendimentos mensais líquidos do requerido, incluindo-se o 13º salário. Condenou, ainda, o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais), restando suspensa sua exigibilidade com fulcro no artigo 12 da lei n. 1.050/60. Na fundamentação, consignou-se que devidamente comprovada pela prova testemunhal a união estável existente entre as partes desde

o nascimento do filho (19.1.2002) até 9.11.2012, motivo pelo qual se determinou a partilha de todos os bens adquiridos durante a vigência da união estável, conforme interpretação dada aos artigos 1.725 e 1.658, ambos do Código Civil. No que se refere à guarda, considerou-se que o compartilhamento da guardanão é adequado ao caso, em razão dos conflitos atuais existentes entre os litigantes. Quanto aos alimentos arbitrados em 20% dos rendimentos do requerido, considerou-se as necessidades do adolescente, bem como as possibilidades econômicas do apelante, conforme interpretação dada ao artigo 1.694, §1º do Código Civil.

A parte recorrente, em sua insurgência, questionou o marco inicial da união estável, argumentando de que os litigantes passaram a residir conjuntamente apenas em dezembro de 2009, considerando o período anterior como namoro. No tocante à partilha de bens, aduziu que os bens adquiridos no período entre 19.1.2002 e novembro de 2009 não integram a partilha de bens. Alegou, ainda, que o veículo Captiva, bem como a motocicleta Kawasaky foram adquiridos em sub-rogação de outros bens adquiridos somente pelo apelante anteriormente à união estável. Por fim, requereu a fixação da guarda compartilhada, bem como a minoração do encargo alimentar para o patamar de 10% de seus vencimentos.

Ofertadas as contrarrazões (fls. 605/616), os autos ascenderam a esta instância.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, deixou de se manifestar em relação ao período da união estável e da partilha de bens, por ausência de interesse. No que tange à guarda e alimentos, manifestou-se pela fixação da guarda na forma compartilhada, bem como pela manutenção do encargo alimentar.

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1 O recurso é tempestivo (CPC, art. 508). A intimação da decisão recorrida foi feita em 10.6.2015 (fl. 491), tendo sido protocolizada a apelação em 25.6.2015. A parte recorrente é beneficiária da gratuidade de Justiça (decisão de fl. 489). As razões do apelo desafiam os fundamentos da sentença e o interesse recursal é manifesto. Estão presentes, pois, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 Insurge-se o apelante quanto ao marco inicial da união estável, ao argumento de que os litigantes passaram a residir juntos apenas no final do ano de 2009, motivo pelo qual considera que os bens adquiridos anteriormente a esse período não devem ser partilhados. Aduziu que a motocicleta Kawasaki e o veículo Captiva foram adquiridos em subrogação de bens anteriores a união estável. Requereu, ainda, a fixação da guardacompartilhada do filho do

casal, bem como a redução do valor fixado à título de verba alimentar para o patamar de 10% sobre seus vencimentos.

Inicialmente, registra-se que em conformidade com o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, a união estável merece proteção como entidade familiar.

No mesmo sentido, consta do artigo 1.723 do Código Civil, ao reconhecer como entidade familiar a união estável, ficando esta configurada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida entre duas pessoas com o objetivo de constituir família.

Na hipótese dos autos, é incontroversa a união estável entre as partes durante o período compreendido entre dezembro de 2009 e novembro de 2012. Contudo, a controvérsia exsurge no que se refere ao período compreendido entre 19.2.2002 e novembro de 2009.

A autora alega que as partes iniciaram o namoro no ano de 1996, tendo o filho do casal nascido em 19.1.2002, data na qual passaram a conviver em união estável. Em contrapartida, em sede contestatória, o requerido alega que o relacionamento do casal até o ano de 2009 era apenas namoro, ao argumento de que pernoitava com a autora apenas duas ou três vezes por semana.

Consigna-se, na espécie, que a alegação do requerido de que passou a conviver maritalmente com a autora no ano de 2009 está motivada na tentativa de excluir da partilha de bens a residência que servia de moradia ao casal.

Corroborando tal entendimento, a testemunha S. C. de O. (gravação audiovisual - fl. 258) afirmou que a autora trabalha com massagens estéticas e que utiliza de seus serviços desde o ano de 2003, data na qual a demandante já era casada com o requerido e que ambos residiam, juntamente com o filho, na residência dos genitores da autora. Aduziu, ainda, que tanto a testemunha quanto o casal iniciaram a construção de suas residências em período próximo e sempre conversou com a autora sobre construção e decoração, tendo esta argumentado acerca da necessidade de economizar seus recursos financeiros para a construção da casa. Alegou, também, que encontrou as partes em diversas ocasiões, como no aniversário de sua filha, seu casamento etc, momentos nos quais se portavam como família.

Nesse sentido, tem-se o testemunho de M. G. de C. C. (gravação audiovisual - fl. 258), a qual alegou que o casal vivia na casa dos genitores da demandante, uma vez que precisavam guardar dinheiro para a construção da sua residência.

Ademais, o informante J. P. S. (gravação audiovisual - fl. 291), apesar de não saber precisar as datas, afirma que o demandado pernoitava algumas noites no quartel do Corpo de Bombeiros do Município de Rio Negrinho/SC, em decorrência da sua escala de trabalho, bem como na residência de sua mãe, no mesmo município. Aduziu que pernoitava também algumas

noites na casa dos genitores da autora no Município de São Bento do Sul/SC. Confirmando a existência da união estável entre o casal, alegou que os litigantes tinham algumas desavenças, assim como todos os casais, contudo sempre reatavam. Afirmou, ainda, que anteriormente ao término da construção da casa, os litigantes eram vistos socialmente como um casal e que nunca soube de outro relacionamento do requerido.

Os testemunhos são uníssonos ao afirmar que os litigantes eram vistos socialmente como entidade familiar desde o nascimento de seu filho. Não se descuida que apesar da genitora do apelante, Sra. T. M. alegar que seu filho possuía outros relacionamentos, a fim de descaracterizar a existência da união estável entre as partes, a infidelidade do demandado não é passível de desconfigurar a entidade familiar constituída pelas partes, configurada pela convivência pública, duradoura e contínua.

Corrobora com o entendimento esposado o argumento da testemunha S. M. (fls. 313/314), a qual alegou que teve um relacionamento afetivo com o apelante nos anos de 2008 e 2009, contudo terminaram tal relacionamento quando a residência ficou pronta e o demandado avisou-a que em decorrência de problemas na casa dos pais da autora, esta e o filho do casal morariam com ele na casa construída. Apesar do alegado relacionamento, tal depoimento confirma a entidade familiar formada pelos litigantes.

Isso porque o requerido jamais acolheria em sua casa a autora e o filho se de fato possuísse um relacionamento estável com uma terceira pessoa. Na hipótese, os argumentos da testemunha levam a crer que seu relacionamento com o requerido se tratava, apenas, de um caso extraconjugal.

Consigna-se, ademais, que a mãe do apelante confirmou em seu depoimento o empréstimo realizado pelo pai da autora ao apelante a fim de adquirir o terreno no qual a residência foi construída, o que fortifica, ainda mais, a existência de união estável entre as partes desde aquela época, uma vez que não há razões para que tenha emprestado dinheiro para tal aquisição que não esteja amparada na relação existente entre os litigantes.

Ademais, apesar do requerido alegar em contestação que a relação do casal era namoro, importante mencionar que, a fim de rebater a alegação da autora de que arcava com as despesas mensais do casal a fim de que o réu pudesse economizar seus rendimentos para construção da residência, argumentou que sempre entregava dinheiro à autora para as compras de supermercado. Aduziu, ainda, que no ano de 2007 cedeu quantia em dinheiro para que ela montasse uma empresa de atendimento estético.

O requerido alegou que pernoitava apenas entre duas e três noites semanais na residência da autora a fim de descaracterizar uma possível união estável, contudo, extrai-se dos

autos que o réu exerce suas atividades profissionais no Corpo de Bombeiros em regime de escala de 24 horas de trabalho por 48 horas de descanso, motivo pelo qual evidente que pernoitava de duas a três noites semanais no quartel onde laborava.

Nesse contexto, à vista do conjunto probatório, o reconhecimento da existência da união estável desde 19.1.2002 até dezembro de 2012 mostra-se correto, uma vez que evidenciado nos autos que os litigantes compartilharam a vida comum desde o nascimento do filho.

Desse modo, mantém-se a sentença atacada no que se refere ao marco inicial da união estável dos litigantes.

3 No que se refere à partilha de bens, muito embora o requerido tenha enfatizado que tanto a aquisição do terreno quanto à construção da casa tenham sido concretizados com seus rendimentos, sem nenhuma contribuição financeira por parte da autora, registra-se que o referido argumento não é passível de afastar tais bens da partilha.

Isso porque, na união estável aplica-se às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens, salvo se houver contrato escrito entre os companheiros em sentido contrário, conforme interpretação dada ao artigo 1.725 do Código Civil.

No regime da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.658 do Código Civil, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, excetuando-se os bens anteriormente adquiridos ou os que sobrevierem por doação ou sucessão durante a existência do casamento ou da união estável.

Nesse contexto, reconhecida a união estável entre o período compreendido entre 19.1.2002 a novembro de 2012 e, ausentes estipulações em sentido contrário, todos os bens adquiridos nesse período devem ser idealmente partilhados.

Ademais, nesse norte, entende esta Corte de Justiça: "Os bens adquiridos na constância da união estável, a título oneroso, ainda que só em nome de um dos conviventes, faz presunção de pertencerem paritariamente ao casal, o que torna desnecessária a comprovação do esforço comum." (Ap. Cív. n. 2015.037280-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Fernando Carioni, j. 21.07.2015).

Não se descuida da alegação do réu de que comprovou a compra do terreno por recibos carreados aos autos às fls. 444/445 em fevereiro de 2001, ou seja, em período anterior a vigência da união estável. Contudo, tais documentos foram apresentados em sede de alegações finais e, não podem ser considerados como documentos novos, uma vez que o requerido já os possuía anteriormente e deveria tê-los apresentado com a contestação, conforme inteligência do artigo 396 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, entende esta Corte de Justiça "Não é documento novo aquele que já existia na época da propositura da ação, razão pela qual, por ser extemporânea a sua juntada, em alegações finais, hão de ser desentranhados dos autos." (Ap. Cív. n. 2008.002544-6, de Blumenau, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 24.05.2011).

Dessarte, considerando a extemporaneidade dos documentos apresentados em alegações finais, deixa-se de conhecê-los, conforme interpretação dada aos artigos 396 e 397 do Código de Processo Civil.

Ademais, juntamente com a contestação, o requerido trouxe aos autos a escritura pública do imóvel (fls. 109/110), realizada em 30.6.2004, ou seja, durante a vigência da união estável, motivo pelo qual deve o imóvel integrar os bens a serem partilhados.

4 No tocante à alegação de que recebeu como doação de sua genitora o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como a sub-rogação dos veículos Captiva e da motocicleta Kawasaki, a fim de afastá-los da partilha, tal argumento não merece acolhida.

Isso porque, competia ao demandado trazer provas aos autos a fim de comprovar que realmente recebeu a doação da quantia mencionada de sua genitora, nos termos do artigo 333, II, do CPC. Ademais, a alegada subrogação do automóvel Captiva e da Motocicleta Kawasaki, ao argumento de que foram adquiridos em subrogação de uma motocicleta CB 400 e um veículo Opala, ambos pertencentes ao réu anteriormente à união, também não merece provimento, uma vez que a subrogação de bens é exceção à regra da comunicabilidade e também necessita de comprovação.

Não obstante o artigo 1.659, incisos I e II, exclua da comunhão os bens adquiridos por doação ou em sub-rogação, estas precisam ser comprovadas, não bastando para tanto a mera alegação.

Nesse contexto, inexistindo nos autos provas de que tais veículos foram adquiridos em subrogação, prevalece a presunção de que adquiridos por esforço comum pelo casal, motivo pelo qual devem integrar a partilha.

Nesse norte, colaciona-se o seguinte julgado desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. APELO RESTRITO À PARTILHA DE BENS. ALEGAÇÃO DE QUE OS IMÓVEIS FORAM ADQUIRIDOS EM SUB-ROGAÇÃO A BENS PARTICULARES PERTENCENTES AO COMPANHEIRO ANTES DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. PRESUNÇÃO DE AQUISIÇÃO DOS IMÓVEIS POR ESFORÇO COMUM DO CASAL. EXEGESE DO ART. 5º DA LEI N. 9.278/1996. RECURSO DESPROVIDO. I - Consoante disposição contida no art. 5º da Lei n. 9.278/1996, presume-se que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou

por ambos os conviventes na constância da união, o foram pelo trabalho e colaboração comum. A presunção só é afastada quando houver estipulação contrária em contrato escrito ou a aquisição patrimonial ocorrer em sub-rogação aos bens adquiridos antes da constância da união. II - In casu, embora o réu afirme que os imóveis foram obtidos em sub-rogação a outro bem que lhe pertencia antes da união, não fez nenhuma prova nesse sentido. Desse modo, deve prevalecer a presunção de aquisição por esforço mútuo e, em consequência, divididos os bens. (Ap. Cív. n. 2008.051258-5, de Garopaba, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 15.03.2011).

Em consequência, considerando-se que o automóvel Captiva encontrava-se alienado na data da propositura da demanda, a responsabilidade pelo pagamento das parcelas cabe a ambas as partes, em cotas ideais, autorizando-se eventual compensação caso a dívida tenha sido quitada unilateralmente por uma das partes.

Dessarte, mantém-se a sentença atacada, a fim de que o imóvel, incluindo-se o terreno e a construção, registrado sob nº de matrícula 30.166 no Registro de Imóveis de São Bento do Sul/SC seja partilhado na proporção de 50% para cada parte, assim como os automóveis Fiat Uno Mille, Captiva Sport e a motocicleta Kawasaki, ressaltando-se a responsabilidade de ambos os litigantes no que se refere à divida do automóvel Captiva.

5 Quanto ao pedido de guarda compartilhada, cumpre salientar que, em processos que envolvem interesses de menores, há o cuidado de prezar pelo bem estar do infante. Com o advento da lei 13.058/2014 que alterou os artigos do Código Civil que tratam do assunto, o compartilhamento da guarda que antes era uma opção passa a ser a regra, conforme agora disposto no art. 1.584, § 2º do Código Civil.

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

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.

§ 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.

A guarda compartilhada tornou-se uma alternativa jurídica para minimizar o sofrimento dos filhos em decorrência da separação dos pais. Visa-se preservar o convívio sadio e menos beligerante possível para os menores em relação aos genitores, objetivando que os tumultos conjugais não interfiram na relação pais-filhos-família. E mais, que o comprometimento parental permaneça intocável, preservando também o núcleo familiar que

não se desfaz pela separação do casal, visto que desta forma há muito menos malefícios à prole do que quando regulada minuciosamente as visitas.

A doutrina aplicada à espécie, antes mesmo do advento da Lei 13.058/2014, já lecionava sobre a importância da guarda compartilhada no bem estar da prole, como segue:

Na guarda compartilhada os pais tem responsabilidade conjunta na tomada de decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos. Ambos tem a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física da criança no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-lo periodicamente, mas a responsabilidade legal sobre o filho e pela sua educação deve ser bilateral ou seja do pai e da mãe. O poder familiar é exercido por ambos, que tomarão conjuntamente as decisões do dia-dia. A guarda conjunta é, na verdade, o exercício comum do poder familiar. Desaparece o casal conjugal e surge o casal parental. (PELUSO, Cézar, et al. Código civil comentado. 8. ed. rev. e atual. Barueri - São Paulo. Manole, 2014. p.1.590)

Nesse contexto, a fixação da guarda de forma unilateral somente é adequada quando um dos genitores manifestar desinteresse pela guardaou nos casos em que restar comprovado que um dos pais não esteja exercendo-a de forma condizente com os deveres inerentes a sua condição, o que não se revela a hipótese dos autos.

Ademais, extrai-se do conjunto probatório que não há nenhum elemento que desabone a conduta da genitora como mãe, tampouco que aponte falta de condições do apelante de exercer conjuntamente a guarda do filho do casal. Corroborando essa compreensão do substrato fático, tanto a genitora do apelante, quanto o informante J. P. S., em seus depoimentos, disseram haver boa convivência entre pai e filho.

Dessarte, considerando-se que não há motivos excepcionais a fim de se determinar que a guarda do adolescente seja atribuída unilateralmente a um dos genitores, determina-se que exerçam a guarda na forma compartilhada, fixando-se como residência do adolescente o lar materno, conforme requerido pelo próprio apelante à fl. 512.

6 Quanto ao encargo alimentar arbitrado em 20% dos seus vencimentos, pleiteou a redução para 10% de sua remuneração, contudo, tal pedido não merece provimento.

Inicialmente, consigna-se que a fixação da guarda compartilhada não impossibilita a prestação de alimentos ao adolescente por um dos genitores.

Ademais, em relação aos filhos menores de idade, cabe aos pais proporcionarem subsistência moral e material, uma vez que a obrigação de fornecer alimentos é um dos deveres inerentes ao poder familiar, nos termos do artigo 229 da Constituição Federal: "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores"

Para a fixação dos alimentos, incumbe às partes demonstrar a possibilidade de o alimentante cumprir com o encargo, bem como a necessidade dos alimentandos de perceber os alimentos, conforme o princípio da proporcionalidade, disposto no art. 1.694, §1º, do Código Civil.

Consigna-se que o apelante é Cabo do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina, percebendo mensalmente a quantia de R$ 5.370,08 (cinco mil, trezentos e setenta reais e oito centavos).

Não se descuida que as necessidades do adolescente são presumidas, considerando-se sua total dependência em relação aos pais, os quais devem fornecer-lhes o que for necessário a sua educação, alimentação, lazer, vestuário, moradia, saúde etc.

Na hipótese dos autos, registra-se que além dos gastos ordinários de qualquer adolescente, E. C. M. necessita de tratamento ortodôntico (fls. 29/34), motivo pelo qual o encargo alimentar arbitrado em 20% dos rendimentos do alimentante revela-se adequado. Ademais, importante considerar que o apelante não possui outros filhos, tampouco despesas extraordinárias que comprometam seus rendimentos mensais.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte excerto jurisprudencial desta Corte de Justiça:

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM ALIMENTOS. FILHA MENOR SOB A GUARDA PATERNA. VERBA ALIMENTAR FIXADA EM 20% DOS RENDIMENTOS MATERNOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE (CC, ART. 1.694, § 1º). FALTA DE PROVA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA CRÍTICA DO PROVEDOR. NECESSIDADES ALIMENTARES PRESUMIDAS. PENSÃO MANTIDA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM CASO DE DESEMPREGO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO. PERCENTUAL EXCESSIVO. REDUÇÃO CABÍVEL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. Se a alimentante não prova sua incapacidade econômico-financeira para fazer face ao encargo alimentar, fixado em 20% de seus rendimentos, a decisão há que ser mantida, mormente por presumirem-se as necessidades da alimentanda. A pensão fixada com base no salário mínimo, para o caso de desemprego da alimentante, não pode ser superior ao valor devido enquanto a provedora estiver empregada, em atenção ao binômio necessidade possibilidade. (Ap. Cív. n. 2011.094490-2, de Guaramirim, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 12.04.2012).

Nesse contexto, considerando-se a possibilidade econômica do alimentante em arcar com os alimentos, bem como as necessidades do alimentando, a manutenção do encargo

alimentar arbitrado em 20% dos rendimentos do genitor mostra-se adequada, conforme interpretação dada ao artigo 1.694, §1º, do Código Civil.

7 Por fim, com relação ao prequestionamento, nada obstante a apelante tenha feito constar pretensão para que este Órgão manifeste-se sobre artigos de lei específicos no intuito de ingressar nas instâncias superiores, cumpre anotar que a presente decisão está devidamente fundamentada e enfrentou a questão de maneira pormenorizada, inexistindo óbice formal para o seguimento de eventual recurso.

8 Dessarte, mantém-se à sentença no que se refere ao marco inicial da união estável, à partilha de bens e ao encargo alimentar, reformando-a somente no que tange à guarda anteriormente estabelecida na forma unilateral em favor da genitora, a fim de que seja exercida na forma compartilhada, fixando-se como residência do adolescente o lar materno.

Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento.

É o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Gerson Cherem II:

Ousei divergir do entendimento abraçado pela douta maioria, forte na fundamentação do MM. Juiz. Deveras, o magistrado atuou no feito no feito desde o seu nascedouro, com determinação de citação (fl. 55), presidiu a audiência de instrução e julgamento (fl. 151), culminando com a prolação de sentença (fls. 482/489). No presente caso, ele houve por bem determinar a guarda do filho apenas à genitora, em detrimento da guardacompartilhada, porque percebera a constante animosidade entre as partes durante todo o processo.

Extrai-se da sentença proferida:

2. Guarda e Direito de Visitas

É dever dos pais a guarda de seus filhos, conferindo-lhes assistência afetiva, moral e material, proporcionando-lhes educação e desenvolvimento saudável e, quando dissolvida a união estável ou casamento dos genitores, há de se considerar o interesse dos filhos para a definição do exercício desse elevado mister.

A guarda provisória do menor é atualmente exercida pela genitora e, sem que nada tenha vindo aos autos que a desabone, como pessoa, mãe e mulher, não há porque alterar tal situação.

De outro lado, a guarda alternada, salvo raríssimas exceções, não atende

bem aos interesses da prole, em razão de que não conseguem os infantes estabelecer um vínculo mais duradouro, estável e profundo com os pais. Aliado a isto, soma-se o fato de

que a mudança de lar em forma de alternância faz romper também os laços mantidos com amigos, parentes e vizinhos.

A definição pela guarda compartilhada será considerada, exclusivamente, quando possível, do que não se pode dissociar, por óbvio, que o respeito aos interesses dos menores envolvidos é que deve ser considerada nesta ocasião, pelo princípio, aliás, da proteção integral.

Isso porque o compartilhamento das funções de guardião, sem a definição de horários/dias em que cada qual ficará com o filho, pede que as partes tenham bom relacionamento e entendimento dos benefícios desta forma de administração da vida da prole. De outro modo, a opção pela guardacompartilhada será apenas mais uma razão para o conflito entre as partes.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

"A guarda compartilhada somente deve ser concedida a partir do momento em que se verificar que os pais, mesmo após a separação, mantém uma convivência saudável a fim de preservar o melhor interesse da criança" (TJSC. AI n. 2009.029949-1, Des. Henry Petry Júnior, j. 13/10/2009).

"CIVIL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. GUARDA COMPARTILHADA.IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA CONVIVÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE OS PAIS. NÃO ATENDIMENTO AOS INTERESSES DA CRIANÇA. 1 - A guarda compartilhada somente pode ser concedida na medida em que os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo a permitir a preservação dos interesses da criança" (TJDF. AC n. 338.552, Des. Cruz Macedo, j. 19/1/2009).

"APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. FILHOS MENORES. Descabe o pedido alternativo feito pelo genitor de concessão de guarda compartilhada, se a convivência entre eles é permeada por conflitos e agressões. Apelação desprovida" (TJRS. AC n. 70028367605, de Caxias do Sul, Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 26/3/2009).

Saliente-se que, na espécie, os conflitos gerados entre os litigantes, com acusações mútuas, demonstram, de maneira indelével que, no momento pelo menos, o pretendido compartilhamento da guarda não se mostra a mais adequado e viável aos interesses que verdadeiramente devem ser preservados.

O melhor interesse da criança é o que, sabidamente, deve prevalecer. E este melhor interesse, hoje pelo menos, gize-se, está na sua manutenção em guarda e responsabilidade da genitora, até porque o réu trabalha em horários variados e em três lugares, conforme reconhecido na contestação, razão pela qual ficaria limitado às responsabilidades inerentes ao dia a dia do filho, já adolescente.

Por outro lado, deverá ser regulamentado o direito de visitas, não se devendo privar o menor, em primeiro lugar, da convivência com o pai, bem como este último de estar com o filho, em determinadas ocasiões.

Registre-se que a regulamentação de visitas deve ser amoldada às peculiaridades de cada caso, visando, sempre, o bem estar da criança acima de qualquer outro fator.

Destarte, considerando a situação de fato apresentada nos autos, especialmente a idade do jovem, o direito de visitas poderá ser exercido, pelo genitor, de forma livre, desde que preservados, evidentemente, os interesses do adolescente, assim como a convivência mínima com cada qual dos pais, afora a observância das regras atinentes ao período escolar e de outras atividades diárias do menino, daí que, é indispensável, a comunicação com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas anteriores à visita. (fls. 484/486).

Desse modo, adotando como razões da divergência a bem ponderada argumentação do ilustre magistrado, meu voto foi no sentido de manter a decisão recorrida, negando-se provimento ao apelo em sua integralidade.

É como voto.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2015.

Gerson Cherem II

Desembargador Substituto

Gabinete Des. Sebastião César Evangelista

ANEXO C - Agravo de instrumento n. 2015.027842-7

Agravo de Instrumento n. 2015.027842-7, de Joinville

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PEDIDO DE GUARDA E ALIMENTOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ESTABELECEU A GUARDA COMPARTILHADA E FIXOU O LAR DO GENITOR COMO RESIDÊNCIA BASE DO INFANTE, BEM COMO FIXOU ALIMENTOSPROVISÓRIOS EM 20% DOS RENDIMENTOS DA MÃE.

IRRESIGNAÇÃO DA GENITORA. REFORMA DA DECISÃO SOB O ARGUMENTO DE QUE, NA VERDADE, HOUVE A FIXAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DO GENITOR. ALEGADA CONTRADIÇÃO DO DECISUM COM OS LAUDOS TÉCNICOS SOCIAIS. ACOLHIMENTO. RESIDÊNCIA BASE QUE DEVE SER FIXADA A QUEM DETIVER MELHORES CONDIÇÕES DE ASSISTIR AO INFANTE. PARECERES SOCIAIS ELABORADOS SOBRE A ATUAL CONJUNTURA DO NÚCLEO FAMILIAR QUE SUGEREM, EXPRESSAMENTE, SER A RESIDÊNCIA DA AGRAVANTE/GENITORA MAIS FAVORÁVEL AO DESENVOLVIMENTO DO FILHO. CRIANÇA QUE, INCLUSIVE, MANIFESTA-SE PERANTE A ASSISTENTE SOCIAL NESTE SENTIDO.

REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA QUE SE MOSTRA POSITIVA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, E ATUALMENTE IMPOSTA COMO REGRA PELO ARTIGO 1.583, § 1º, PARTE FINAL, E § 2º, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL.

INVERSÃO DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ENCARGO QUE FICARÁ SOB RESPONSABILIDADE DO AGRAVADO. VERBA FIXADA COM OBSERVÂNCIA AO TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.027842-7, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é agravante D. C. D., e agravado A. A. da S.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso interposto e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Florianópolis, 14 de julho de 2015.

Eduardo Mattos Gallo Júnior

Relator

RELATÓRIO

D. C. D. interpôs agravo de instrumento (fls. 2-18), com pedido de efeito suspensivo contra a decisão exarada nos autos da ação de dissolução de união estável, pedido de guarda, regulamentação de visitas e alimentos de n. 0800719-98.2014.8.24.0038 (fls. 21-25), da segunda vara civil da comarca de Joinville.

Em decisão exarada a fls. 34-36 o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho admitiu o processamento do presente recurso e deferiu o efeito ativo almejado, determinando ao final o cumprimento do disposto no artigo 527, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.

Devidamente intimado, o agravado deixou transcorrer in albis o prazo assinalado para apresentar contrarrazões recursais (fls. 39).

Com a regular tramitação processual, o feito restou redistribuído a esta Relatoria para que se proceda à análise meritória da irresignação.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer, que se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso, para definir a residência base do infante na casa da Agravante, e como consequência, a fixação de alimentos, a ser pago pelo Agravado, no equivalente a 20% dos seus rendimentos (fls. 42-45).

Após, vieram os autos conclusos a este Relator.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão que, nos autos de ação de dissolução de união estável, pedido de guarda, regulamentação de visitas e alimentos movida pela agravante em desfavor do agravado, a magistrada a quo estabeleceu que o exercício da guarda compartilhada dos pais teria como residência base a moradia do genitor A. A. da S., bem como regulou o direito de visitas da genitora, e determinou o pagamento de alimentos provisórios ao infante, equivalente a 20% dos rendimentos de D. C. D.

Sustenta a agravante, em linhas gerais, que a decisão representa verdadeira fixação de guarda unilateral em favor do genitor, porquanto regulamentou o direito e o período de visitas da agravante ao filho, limitando o contato da genitora com o infante.

Ainda, aduz que fundamentação do decisum se pautou no fato de que o agravado estaria na iminência de se aposentar, o que, na verdade, consistia em mera expectativa de direito, não se mostrando idônea a justificar a fixação da residência base no lar do genitor.

Ressalva também, que a criança permanece na escola em tempo integral, e que sua jornada laboral coincide com o período de estudos do filho, e que, ao contrário do alegado pelo agravado, afirma ter mais tempo disponível para ficar com o infante.

Ademais, informa a superveniência de parecer social juntado ao autos de origem, com o mesmo objeto, em que a assistente social designada relata condutas omissivas perpetrada pelo genitor.

Nestes moldes, requer a reforma da decisão de primeiro grau, acolhendo as alegações lançadas, a fim de que seja revogado o decisum agravado.

Razão lhe assiste.

Ab initio, é importante consignar que "em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável o exame aprofundado de temas relativos ao meritum causae (AI n. 99.017438-7, Des. Eder Graf), sob pena de supressão de um grau de jurisdição" (Agravo de Instrumento n. 2008.024048-8, de Fraiburgo, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 30-6-2009).

Extrai-se dos autos que a decisão recorrida, estabeleceu o exercício da guarda compartilhada entres os genitores do infante, atribuindo como residência base o lar do agravado.

Após anos de discussões jurídicas a respeito da melhor forma de atribuir a guarda dos filhos aos pais, esta foi estabelecida em sua forma compartilhada, promulgada pela Lei 13.058/2014, e passou a ser regra no ordenamento jurídico pátrio.

Conforme preceitua a atual redação do artigo 1.583, § 1º, parte final, do Código Civil, entende-se "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 respeito deste instituto, Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo elucidam:

A guarda compartilhada possui como escopo de proporcionar aos genitores plena participação na vida dos filhos, dividindo as obrigações e responsabilidades, sempre buscando o bem estar do menor.

[...] Na guarda compartilhada os pais irão dividir todos os deveres e obrigações, compartilhando responsabilidade e dividindo decisões referente ao menor ou incapaz, pois na guarda compartilhada todas as decisões deverão comparecer em conjunto, visando sempre o bem estar do menor, e não o interesse dos pais. (Manual de Direito Civi: volume único. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1564)

No mesmo sentido, colhe-se da lição de Maria Berenice Dias, sobre o tema em debate:

A dissolução dos vínculos afetivos não leva a cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida conjugal dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta nos filhos.

Compartilhar a guarda de um filho é muito mais que garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar. (Guarda compartilhada, uma novidade bem vinda! Disponível em: hthttp://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada,_uma_novidade_bem-vinda.pdf uma_novidade_bem-vinda.Pdf. Acesso: 1-7-2015)

Dessa forma, cumpre ao magistrado verificar, ao enfrentar pleitos desta natureza, as melhores condições para a criança, podendo se utilizar de orientação técnica quando necessário, a fim de aplicar a guarda que melhor atender aos interesses do infante.

No caso em exame, depreende-se que ambas as partes consentem no estabelecimento da guarda compartilhada, e demostram preocupação com o bem-estar do filho, porém não entram em consenso a respeito de qual lar deve permanecer como a base da residência do infante, sendo este, portanto, nó górdio da presente controvérsia.

Colhe-se do caderno processual o parecer social acostado a fls. 28-30, datado de 7-4-2014, no qual o assistente social verificou que o agravado não estaria assistindo financeiramente o filho, e que não o levava às sessões de terapia no período em que este ficava sob sua guarda, bem assim que não estaria dedicando o mencionado tempo disponível com o infante, razão pela qual sugeriu que "a casa principal seja a da requerida, pois tem demonstrado maior preocupação e responsabilidade em relação às necessidades do filho, neste momento" (fls. 30).

A propósito, evitando-se, inclusive, tautologia desnecessária, tendo em vista as claras pontuações externadas pela Exma. Procuradora de Justiça Lenir Roslindo Piffer, no parecer de fls. 42-45, importa adotá-las, o que se faz também em sua homenagem, como parte integrante do presente voto, a teor do autorizado pelo artigo 150 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no ponto:

[...] A solução da controvérsia, em casos como presente, repousa sobre uma linha muito tênua, mormente neste juízo de cognição sumária, em que poucos elementos hão para justificar a coabitação com um ou outro genitor.

[...]

No caso em testilha, todavia, recente manifestação declinada em parecer social subscrito por auxiliar do juízo (fls. 28-30) cuida de infirmar as razões que outrora levaram a autoridade Judiciária a deferir o pedido de coabitação em favor do genitor/Agravado, e consequentemente de imputar o ônus dos alimentos em desfavor da Recorrente. Assim, com efeito, e dada a máxima vênia, entende este Órgão de Execução que a decisão não merece subsistir, doravante autorizando-se o acolhimento deste reclamo.

Primeiramente, ressalta-se que, ao irrogar uma possível aposentadoria do Agravado, está a decisão pautando-se em mera expectativa - que não há, no autos, e com segurança, efetiva comprovação da ociosidade daquela decorrente -, circunstância, logo, inidônea para fins de se definir qual o melhor interesse da criança, no que cerne ao maior tempo de permanência com um ou outro genitor.

Ademais, do caderno processual amealhado extrai-se que a criança vem estudando em turno integral, logo afastada do convívio com qualquer dos adversos no período compreendido entre a manhã e o final da tarde, horário por eles ocupado com seus respectivos labores.

Não fosse isso, extrai-se que a criança, antes de a demanda ser submetida a este crivo judicial, já se encontrava na companhia da mãe (conforme as asserções da inicial), de modo que assim, ao menos em tese, só viera aquela ao Poder Judiciário regulamentar uma situação de fato.

Mas o que se mostra decisivo no deslinde da controvérsia é o aludido parecer da assistência social dando conta de que o genitor/Agravado têm siso relapso na condução do munus também a ele deferido.

Referida manifestação, recentemente datada (fls. 28-30), indica que o Agravado não estaria dando suporte financeiro ao menino, além de não levá-lo às sessões de terapia (psicologia) quando aquela encontra-se consigo. Há, também, passagens no sentido de que este não estaria dedicando o mencionado tempo disponível com o menor, o que arrefece ainda mais a subsistência da decisão combatida.

Dentre essas e outras circunstâncias, conclui aquela profissional, por fins: "Sugerimos que a casa principal seja da Requerida, pois tem demonstrado maior preocupação e responsabilidade em relação às necessidades do filho, neste momento".

Não há, então, como desconsiderar o novel parecer sobre a atual conjuntura do núcleo familiar, razão por que este Órgão manifesta-se favoravelmente à reforma da decisão objurgada, para fim de, embora mantendo-se a guarda compartilhada, inverter a residência base da criança, agora para o lar da genitora/Agravante.

Consequentemente, a fim de não prejudicar os interesses do infante, deve a verba alimentar ser igualmente vertida agora com um encargo do Agravado/genitor, nos exatos 20% (vinte por cento), sobre os seus vencimentos, conforme outrora já definidos pela autoridade a quo.

Ainda, em consulta aos autos digitais na origem, colhe-se do processo em apenso n. 0045605-55.2013.8.24.0038 a superveniência de novo relatório social a fls. 115-118, datado de 12-5-2015, no qual a assistente social relata que o infante não fica mais alternando de residência a cada sete dias, residindo atualmente com a mãe; que o genitor busca o filho todos os dias na escola e fica com ele até às 20:00 horas, havendo alternância da guardaapenas com relação aos finais de semana; que o genitor continua afirmando ter mais tempo que a mãe para ficar com o filho; a criança está contente de ver o pai todos os dias, tendo afirmado expressamente: "Acho melhor como está".

Por fim, por absoluta pertinência, extrai-se da conclusão do mencionado estudo social:

Diante do exposto, faremos as seguintes ponderações:- a criança está bem assistida junto a mãe, sendo que mantém contato diário com o pai, onde também tem suas necessidades atendidas. Caso haja disponibilidade de A. ficar com o filho na parte da manhã, que a criança posa ficar neste período com ele ao invés de ficar com o M.; - A. demonstra pouca preocupação com as demandas da criança, sendo que D. sempre tomou a iniciativa quanto as necessidades do filho(escola, saúde, reforço escolar); - A. deixou de ajudar financeiramente com as despesas do filho durante meses e atualmente, auxilia com metade do valor da escola, que corresponde a R$280,0. Todas as outras despesas são assumidas por D.; - A. tem mais disponibilidade para ficar com a criança durante o dia do que D., sendo difícil que D. possa ver o filho todos os dias caso a residência base permaneça com o pai; - apesar de A. saber da decisão de fls.197/201 não tomou nenhum iniciativa para mudar seu horário de trabalho para ficar com o filho.

Assim, sugerimos que a residência base seja a materna, para que a criança continue mantendo contato com ambos os pais. Os contatos com o pai são diários, podendo ser ampliado para o período da manhã. (fls. 117 - autos digitais em apenso). (Grifou-se)

Portanto, não há como se desconsiderar os mencionados pareceres técnicos sobre a atual conjuntura do núcleo familiar do infante, devendo, deste modo, a decisão interlocutória

agravada ser reformada, a fim de que, embora se mantenha a guarda compartilhada, a residência base da criança seja o lar da agravante/genitora.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça, com as devidas adaptações:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. TOGADO A QUO QUE DEFERE A GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR À SUA GENITORA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. AGRAVANTE QUE AFIRMA POSSUIR MELHORES CONDIÇÕES PARA PERMANECER COM A GUARDA UNILATERAL DO FILHO. LITIGANTES QUE PERMITEM QUE O LITÍGIO DA SEPARAÇÃO SOBRESSAIA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PROVAS QUE DEMONSTRAM QUE AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES PARA PERMANECER COM A GUARDA DO FILHO. IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DE FORMA PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ALTERNATIVA JURÍDICA QUE VISA MINIMIZAR O SOFRIMENTO DA CRIANÇA EM DECORRÊNCIA A SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR QUE, SEMPRE QUE POSSÍVEL, DEVE SER MANTIDO E EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS, MESMO APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.004337-8, de Porto União, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 11-6-2015).

Por consequência, com escopo no princípio do melhor interesse da criança, a verba alimentar provisória deverá ser invertida, cabendo o encargo ao agravado, nos exatos 20% sobre seus vencimentos, conforme anteriormente definido pelo juízo a quo.

Ao arremate, vale ressaltar que a decisão atacada possui caráter provisório, de modo que restando demonstrada, no transcorrer da marcha processual, a necessidade de modificação do decisum, este poderá ser reformado a qualquer momento.

Vale anotar, por fim, que o posicionamento aqui adotado coaduna-se com os termos exarados pelo Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho, por ocasião da análise e deferimento do efeito suspensivo do presente recurso (fls. 34-36).

Pelo exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso interposto e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra.

Este é o voto.

Gabinete Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior