

COORDENADORES

ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO
MÁRIO LUIZ DELGADO



GUARDA COMPARTILHADA



SÃO PAULO

347.634(81)
69140

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
BIBLIOTECA N. O. SARAIVA	
Nº	DATA
	113.11.09

© EDITORA MÉTODO

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

Fax: (11) 5080-0714

Visite nosso site: www.editorametodo.com.br

metodo@grupogen.com.br

Capa: Rafael Molotiefschi

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Guarda compartilhada / coordenadores Mário Delgado e Mathias Coltro. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2009.

Bibliografia

1. Guarda de menores - Brasil. 2. Guarda compartilhada - Brasil. I. Régis, Mário Luiz Delgado. II. Coltro, Antônio Carlos Mathias.

08-4925.

CDU: 347.157(81)

ISBN 978-85-309-2841-4

A Editora Método se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
2009

17

GUARDA COMPARTILHADA: DISCRICIONARIEDADE, SITUAÇÃO JURÍDICO-FÍSICA DO MENOR, ALIMENTOS E MODIFICAÇÃO DO REGIME DE GUARDA PELA ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Doutor em Direito Civil – Universidade de São Paulo. Membro da
Asociación Iberoamericana de Derecho Romano – Oviedo, Espanha.
Professor na graduação e pós-graduação do IDP, IESB e FA7.
Advogado da União (categoria especial). Assessor de Ministro do
Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1. Introdução – 2. Discricionariedade ou vinculação no estabelecimento da guarda compartilhada: 2.1 Colocação do problema: interpretação do art. 1.584; 2.2 Natureza jurídica e conteúdo do ato judicial que decide o acordo de guarda (inciso I); 2.3 Discricionariedade ou vinculação do juiz no estabelecimento da guarda sem consenso entre os pais (inciso II); 2.4 Motivos graves e melhor interesse da criança (art. 1.586) – 3. Situação física e jurídica do menor sob guarda compartilhada – 4. Alimentos na guarda compartilhada – 5. Efeitos da nova legislação sobre guardas pré-existentes – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A nova redação dos arts. 1.583 e 1.584 do CCB/2002, alterados pela Lei 11.698, de 13.06.2008, positivou a guarda compartilhada no direito brasileiro, até então conhecida e aplicada pelos juízes, a despeito de não se utilizar desse *nomen iuris* ou da ausência de previsão legal.

Em doutrina, diversos trabalhos anteriores à lei já cuidavam da guarda compartilhada.¹ A despeito de sua pré-existência dogmático-pretoriana, a guarda compartilhada recebeu novos perfis com sua disciplina codificada. Cabe, portanto, examinar algumas questões de interesse sobre essa figura jurídica, à mercê de facilitar sua aplicação prática.

O objeto deste estudo ocupa-se da solução de quatro questões: a) o caráter discricionário ou vinculado do ato judicial que estabelece a guarda compartilhada; b) a situação física e jurídica do menor sob esse regime; c) a relação entre alimentos e participação de guarda; d) a alteração dos regimes anteriores de guarda com a superveniência da nova lei.

Tanto quanto possível, serão evitadas considerações sobre aspectos metajurídicos em torno do problema. Conquanto relevantes, acredita-se que sobre eles já existem muitos e bons estudos, fazendo-se necessário, para os limites deste artigo, o enfrentamento de questões essencialmente técnicas.

2. DISCRICIONARIEDADE OU VINCULAÇÃO NO ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA

2.1 Colocação do problema: interpretação do art. 1.584

A guarda compartilhada, na definição do art. 1.583, § 1.º, do CCB/2002, define-se pelo exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe em relação aos filhos comuns, quando seus titulares

¹ Citem-se inovadoras abordagens sobre o tema, nas seguintes obras monográficas: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: RT, 1997. p. 254-289; NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 127-168. Ensaios e artigos sobre o tema: GONÇALVES, Denise Wilhelm. *Guarda compartilhada*. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 50, n. 299, p. 44-54, set. 2002; BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 12, p. 27-39, jan.-mar. 2002; SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. *Anotações sobre a guarda compartilhada*. *Revista de Direito Privado*, v. 6, n. 22, p. 96-113, abr.-jun. 2005; ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 31, p. 19-30, ago.-set. 2005; ZULIANI, Ênio Santarelli. *Guarda de filhos*. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 349, p. 33-52, nov. 2006; VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Guarda compartilhada*. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 33, p. 305-312, 2006.

não vivam sob o mesmo teto.² A legislação prestigiou a autonomia conceptual da guarda compartilhada. Ao menos em termos de direito positivo, não mais se discute sobre ser espécie de guarda alternada ou subespécie de guarda conjunta.³

A definição do regime de guarda, se unilateral ou compartilhada, dependerá, nos termos do art. 1.584 do CCB/2002, das seguintes possibilidades: a) requerimento consensual de ambos os pais, ou a pedido exclusivo de um deles, na respectiva ação de estado (separação judicial, divórcio, dissolução da união estável, medida cautelar); b) determinação judicial, que levará em conta as necessidades específicas do filho ou a distribuição de tempo necessário ao convívio do filho com o pai e com a mãe. O § 2.º do art. 1.584, todavia, determina que se “não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Esses dispositivos atraem duas *questões interpretativas fundamentais*: a) qual o papel do juiz em face do requerimento voluntário dos pais; b) qual o conteúdo – discricionário ou vinculado – da decisão judicial que estabelece o regime de guarda, quando não há acordo.

2.2 Natureza jurídica e conteúdo do ato judicial que decide o acordo de guarda (inciso I)

O *primeiro questionamento* surge quando os pais chegam a um acordo sobre a tipologia mais conveniente do regime de guarda e

² A doutrina oferece interessantes definições da guarda compartilhada: “O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (‘joint custody’, em inglês), refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (‘sole custody’, em inglês)” (NICK, Sérgio Eduardo. Op. cit., p. 135); “a) Guarda compartilhada ou conjunta. Deve-se de pronto destacar que as expressões ‘conjunta’ e ‘compartilhada’, embora sejam diferentes entre si, são usadas para definir o mesmo tipo de arranjo, como destaca RABELO (s/d) que define tais arranjos da seguinte forma: ‘Pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pela decisões importantes relativas à criança’” (BRUNO, Denise Duarte. Op. cit., p. 29).

³ Exemplo dessas divergências conceptuais é o seguinte excerto doutrinário: “Assim, podemos indicar três espécies de arranjos jurídicos constitutivos do instituto da guarda, a saber: a guarda exclusiva, a alternada e a compartilhada. Essa última, por sua vez, subdividida em guarda compartilhada com alternância ou não de domicílio” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Op. cit., p. 23).

fornecem ao juiz, por meio de requerimento, o quadro da distribuição dos poderes familiares a serem compartilhados. Nesse ponto, ao viso deste estudo, considera-se que é ampla a autonomia privada dos genitores quanto ao tipo de guarda a ser proposta. A divisão binária entre guarda unilateral e compartilhada comportará variações, como a hipótese de *guarda parcelar*, quando há o seccionamento da guarda em poderes-deveres específicos, os quais podem ser atribuídos a cada um dos titulares conforme proporção entre eles concertada. Registre-se que a *guarda parcelar* é prevista expressamente no § 1671, BGB. O juiz, no Direito alemão, pode criar poderes de exercício unilateral e de exercício conjunto em paralelo.⁴

A autonomia privada é o fundamento último do direito dos pais de escolherem entre a guarda unilateral e a compartilhada, bem assim de estabelecerem um regime novo, dentro dos limites extremos das duas previsões dos arts. 1.583 e 1.584 do CCB/2002. A autonomia privada fez derivar o princípio – específico do Direito de Família – da não-intervenção ou da liberdade, cuja *sedes materiae* é constitucional (art. 226, § 7.º, da CF/1988) e legal (art. 1.513 do CCB/2002). O princípio da não-intervenção ou da liberdade é comumente associado à imunização da família contra ingerências estatais ou paraestatais em decisões nucleares ligadas ao controle de natalidade ou ao estilo de vida familiar (definição de religião, ideologia e outras formas de

⁴ A guarda familiar [parental] (*elterliche Sorge*), no direito alemão, é uma obrigação e um direito de ambos os pais, advinda da paternidade e da maternidade, de cuidar e dirigir a vida do filho menor, que se estende para além da manutenção dos vínculos, matrimoniais ou não, entre os genitores. Da mesma forma que no direito brasileiro, a guarda abrange a proteção pessoal, a administração patrimonial e a representação *lato sensu* do menor. O fundamento constitucional da obrigação-direito [equiparável à fórmula tradicional no direito brasileiro de dever-poder] de guarda é o art. 6.º, da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*). Em seus termos: 1) a família e o casamento são objeto de proteção especial da ordem estatal; 2) é direito natural dos pais, e obrigação que lhes compete, o cuidado e a educação dos filhos, sob fiscalização de seu cumprimento pelo Estado; 3) os filhos de pais não casados devem ter as mesmas condições de desenvolvimento físico e psíquico, além de sua colocação social, que as existentes para os filhos de pais casados, devendo a lei cuidar para que essa isonomia seja observada. A guarda compreende uma relação intersubjetiva, com obrigações e direitos, de pais e filhos. A direção fundamental da vida dos filhos é assegurada constitucionalmente, daí ser, também, uma prerrogativa e não somente uma obrigação dos pais.

autodeterminação). No entanto, ele ultrapassa esses espaços e também se dilata para o exercício do poder familiar após a dissolução do casamento, da sociedade conjugal ou da união estável. A liberdade dos pais, consubstanciada no documento-quadro de estabelecimento do tipo de guarda, é de ser respeitada pelo juiz.

Em tal medida, o ato judicial decisório do acordo de guarda ostenta natureza homologatória. Como reforço dessa assertiva, tem-se que o § 2.º do art. 1.584 do CCB/2002 erigiu a guarda compartilhada como espécie preferencial, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho”. *A contrario sensu*, havendo o consenso, materializado no negócio jurídico submetido ao juiz, respeitar-se-á a autonomia parental.

Homologatória a natureza do ato judicial, não implica dizer que ele será mero autômato. Caber-lhe-á, como em todo ato dessa natureza, sindicar a observação das formalidades do ato e o cumprimento das exigências legais quanto à guarda. Cláusulas que criem direitos ou obrigações que fujam dos contornos da guarda, como as que negarem sua própria natureza, vulnerarem os bons costumes ou que apresentarem caráter fraudulento, poderão servir de fundamento à recusa à homologação. Esse exame, porém, deve ser estrito e limitar-se a esses três aspectos: a) desnaturação da guarda; b) violação dos bons costumes; c) encobrimento de fraudes (especialmente à lei). São exemplos dessas hipóteses de fato: a renúncia aos deveres parentais por ambos os genitores, sem indicação de terceiro; cláusula que implique, na prática, abandono material ou moral do menor; fixação no acordo de deveres laborativos para o filho, em contraprestação aos dispêndios dos titulares da guarda com sua educação. Outra exceção possível dá-se quando o acordo de guarda é proposto no curso de um processo litigioso. O juiz terá, pelo andamento da instrução, condições de observar a conduta das partes e inteirar-se dos fatos. Sua inércia não mais se justificará, dado o conhecimento de elementos laterais, que podem condicionar o exame – até então puro e simples – do negócio jurídico firmado entre os pais.⁵

Fora desses limites extremos, não poderá o juiz, de ofício, recusar-se a homologar o negócio jurídico privado a ele submetido pelos pais. Como já se pronunciou a doutrina, presumivelmente, ninguém é

⁵ ZULIANI, Ênio Santarelli. Op. cit., p. 39-40.

mais interessado no bem-estar dos filhos do que seus próprios pais.⁶ Considere-se, porém, que é indispensável a participação do Ministério Público, dada a presença do interesse de incapazes, em todos os atos do procedimento no qual se vise à atribuição da guarda. No exercício de suas funções, o órgão ministerial prevenirá o juiz quanto à existência de abusos ou ilícitos no negócio (atuação como fiscal da lei) e poderá recorrer contra o ato de homologação (atuação como curador dos incapazes). Nessa última situação, o Ministério Público agirá com ampla independência e liberdade, podendo discutir questões de outra natureza, como, *e.g.*, a não-observância do princípio do melhor interesse da criança, indicação reitora de todo o Direito Parental. É de se tolher, contudo, a exacerbação da autoridade judicial *ex officio* nos acordos de guarda. Não é papel do juiz pronunciar-se como parte ou síndico dos interesses envolvidos, mormente quando há órgão constitucional apto a assim o fazer.

Como exceção, ainda, admite-se o uso do art. 1.586 do CCB/2002, que merecerá tratamento específico no item 2.3 (*infra*).

A redação do inciso I do art. 1.584 do CCB/2002, apesar de truncada, compreende duas hipóteses de fato: a) o requerimento consensual por ambos os genitores; b) o requerimento individual pelo pai ou pela mãe.

O requerimento por ambos os genitores é pressupostamente consensual. Sobre ele, fizeram-se as observações acima.

O pedido formulado isoladamente, contudo, abre duas possibilidades: a) formação superveniente de acordo; b) estabelecimento de contenciosidade. A petição unilateral, sem consenso prévio, ocorre, em geral, quando há conflito entre os pais, seja na separação, no divórcio ou nas ações de estado relacionadas à crise conjugal ou dos companheiros. Nada impede que esse dissenso limite-se a questões

⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Arts. 1.571 a 1.638. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar *et alii*. *Comentários ao Código Civil brasileiro: Do Direito de Família* (arts. 1.511 a 1.638). Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14, p. 267. O autor cita acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo com o seguinte trecho: “(...) salvo distorções – sempre passíveis de correção, por via judicial – a conveniência dos critérios da guarda dos filhos é sempre mais bem entrevista pelos pais, que por pessoas distantes do problema familiar” (RJTJSP 22/159).

patrimoniais. Em assim sendo, a circunstância da unilateralidade não é impeditiva de uma rápida solução do problema da guarda, a despeito de continuarem as desinteligências em outros planos. Bastará ao juiz, em tal caso, intimar a outra parte sobre a proposta de acordo de guarda e, se houver anuência, dever-se-á interpretar essa situação como compreensiva de um acordo-quadro, independentemente de sua concertação superveniente. Mesmo se não ocorrer aquiescência pura e simples, mas contraproposta modificativa do termos originalmente apresentados, ainda se poderá aplicar o regime da formação negocial da guarda, sem recurso ao estatuído no art. 1.584, inciso II, do CCB/2002. Essas tratativas devem-se operar mediante petições nos autos, com audiência bilateral. No curso da instrução, pendente o litígio, se as partes renunciarem às desavenças e formularem proposta de acordo, posto que em fase avançada do processo, também se deverá utilizar do inciso I e prestigiar a autonomia privada, com as exceções já tratadas no item anterior (v.g., conhecimento de fatos e provas, que permitem ao juiz não homologar o acordo).

Apresentada petição unilateral e não havendo acordo, muda-se o cenário e impõe-se o recurso ao inciso II. Observe-se que essa alteração no plano da norma incidente tem conseqüências práticas bem significativas. Sem consenso, mesmo que o procedimento haja nascido de petição fundada em minuta de acordo, deve-se abandonar o inciso I do art. 1.584 do CCB/2002, e, com isso, converte-se o juiz em ator de perfil diferenciado no processo de atribuição de guarda.

2.3 Discricionariedade ou vinculação do juiz no estabelecimento da guarda sem consenso entre os pais (inciso II)

Sem acordo, dá-se a fixação da guarda por decisão judicial, que resolverá o mérito da lide com base nos dois parâmetros contidos no inciso II do art. 1.584 do CCB/2002, além do princípio do melhor interesse da criança, que rege todas as normas do Direito Protetivo:⁷ a) necessidades específicas do filho; b) adequada distribuição de tempo necessário ao convívio do filho com seus pais.

⁷ Pela afirmação da prevalência principiológica do melhor interesse da criança: STJ, REsp 916.350/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 11.03.2008, DJe 26.03.2008.

A norma foi explícita. O ato judicial deve ser fundamentado em critérios passíveis de controle quanto ao mérito. Não se cuida de decisão discricionária, baseada em conveniência ou oportunidade, mas na demonstração efetiva do atendimento dos dois requisitos do inciso II, além da *ultima ratio* da proteção aos filhos que é seu melhor interesse.

Se necessário, o juiz é autorizado a se louvar no parecer de expertos. O § 3.º do art. 1.584 do CCB/2002 valeu-se de terminologia pouco adequada em termos processuais ao se referir à possibilidade de o juiz “basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”. Na verdade, cuida-se de prova pericial.⁸ A formação da sentença, conforme o livre-convencimento motivado, baseia-se na convicção autônoma do magistrado, mas deve ser integrada por elementos capazes de permitir seu controle objetivo. Assim sendo, se for ouvida autoridade em Ciências ou Artes ligada à Psiquiatria, Psicologia, Assistência Social e afins, essa participação há de se sujeitar às regras de produção de provas no processo, o que demanda a bilateralidade de audiência e a eventual indicação de assistentes técnicos periciais. O informalismo excessivo na condução instrutória nas ações de estado, como é o caso das relativas à guarda, tem o deletério efeito de privar os litigantes do direito de defesa e de recurso.

A participação de louvados é determinável oficiosamente pelo juiz ou por requerimento do Ministério Público. Não fez menção o § 3.º do art. 1.584 do CCB/2002 à legitimidade das partes. Trata-se de mero *lapsus calami* do legislador. Aplicam-se as regras gerais do CPC e, assim, é-lhes aberta essa prerrogativa, na fase processual apropriada.

A natureza vinculada do ato previsto no inciso II assim deve ser compreendida quanto aos fundamentos utilizados pelo juiz. Sua liberdade, porém, é ampla na criação de um quadro distributivo dos deveres-poderes da guarda. Da mesma maneira que os pais, no acordo previsto no inciso I, o juiz pode criar tipos intermediários de guarda, bem assim optar singelamente pela guarda unilateral ou pela compartilhada, as quais servem como marcos extremos da criatividade das partes e do juiz.

⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: O conflito no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 112.

No caso do inciso II, porém, existe um condicionamento legal. É a regra da *preferencialidade* do regime de guarda compartilhada, quando não houver acordo entre o pai e a mãe. O § 2.º do art. 1.584 do CCB/2002 conjuga o comando imperativo (“será aplicada”) ao elemento mitigador (“sempre que possível”) para descrever a atuação do juiz nesse caso. Rigorosamente, a preferência pela guarda compartilhada é norma dirigida ao juiz e tem caráter integrativo. À falta de elementos de convicção específicos, poderá o magistrado invocar a preferência da lei pelo compartilhamento da guarda. Nunca essa preferência dar-se-á em contrariedade ao princípio do melhor interesse.

2.4 Motivos graves e melhor interesse da criança (art. 1.586)

O art. 1.586 do CCB/2002, inalterado pela Lei 11.698/2008, conservou uma diretriz voltada para o magistrado: ocorrendo “motivos graves”, ele é autorizado, “em qualquer caso”, no melhor interesse dos filhos, a “regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Como salientado, o princípio do melhor interesse do menor é um vetor do Direito Protetivo e deve ser observado na aplicação de todas as regras a ele inerentes.⁹ Sua prevalência é tamanha que se confere ao juiz o *poder geral de cautela* de modificar procedimentos e ordens de preferência em nome do bem-estar do filho cuja guarda se disputa.

Esse imenso poder, no caso específico do art. 1.586, condiciona-se à existência de “motivos graves”, cuja materialidade é exemplificada na doutrina: a) abuso sexual pelo genitor; b) doença auto-imune do filho; c) quadro psicológico de resistência ou rejeição a um dos pais.¹⁰

É evidente que a ciência desses motivos só chegará ao conhecimento do juiz se houver provocação dos interessados, do Ministério Público ou se lhe for possível deles tomar conhecimento como fato

⁹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 6, p. 246.

¹⁰ NADER, Paulo. Op. cit., p. 246.

público e notório ou pela colheita das provas. Essas possibilidades são perfeitamente identificáveis se houver litígio (inciso II do art. 1.584). Quanto à guarda consensual, é rara a viabilidade de se aplicar o art. 1.586. Excepcionalmente, em ocorrendo hiato de tempo entre a apresentação da cédula de acordo e sua homologação, pode o juiz ser provocado e receber a informação de que “motivos graves” impõem a revisão do acordo ou obstam sua homologação. Outra exceção ocorre quando o negócio jurídico é constituído em ação de separação, divórcio ou dissolução de união estável. Nessas ações de estado, o juiz terá tido condições de conhecer as partes, suas condutas e as provas. Com isso, o acordo haverá de ser confrontado com essa ciência. A frieza de seus termos poderá ser desmentida pelo calor das atitudes dos pais, demonstradas no curso do processo. Assim, terá prevalência o art. 1.586 sobre o primado da autonomia privada.

Se, todavia, o acordo for homologado, nada mais pode ser feito pelo juiz em relação àquela forma de guarda. Entretanto, como a guarda é uma situação fático-jurídica modificável a qualquer tempo, por mera petição, o juiz poderá alterar o acordo, em caráter superveniente, à vista dos “motivos graves” expostos no requerimento.

A atuação do juiz, no âmbito desse poder geral cautelar, deverá ser excepcional, fundamentada e baseada em elementos fáticos sólidos.¹¹

Em quaisquer dessas hipóteses, o juiz terá a prerrogativa de atribuir a guarda a terceiro, sem prejuízo da autoridade parental.¹²

¹¹ Era essa a interpretação do art. 327 do CCB/1916, correspondente ao atual art. 1.586 do CCB/2002: “Somente razões muito sérias, motivos graves poderão autorizar o juiz a retirar da companhia dos pais, a fim de confiá-los à guarda de outrem ou estabelecimentos de educação, crianças que por sua idade reclamam cuidados especiais, que, dificilmente, estranhos podem dar” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937. v. 2, p. 289).

¹² Corretamente: “A guarda pode ser deferida a um terceiro. Portanto, guarda e autoridade parental nem sempre andam juntas” (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: Direito de Família*. Casamento. Artigos 1.511 a 1.590. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15, p. 252).

Essa era uma prerrogativa judicial aceita na jurisprudência.¹³ O § 5.º do art. 1.584, em mais uma elogiável inovação da Lei 11.698/2008, positivou algo que era decidido *praeter legem*. Com os benefícios do fornecimento de parâmetros pela própria lei, essa indicação determina que o magistrado *deferirá* a guarda a terceiro, desde que observe não deva o filho continuar na guarda do pai ou da mãe. Esse terceiro será pessoa que revele compatibilidade com a “natureza da medida”, a saber, preencha requisitos morais, pessoais, afetivos e econômicos que a autorizem ao adequado e útil exercício da guarda.¹⁴ Como fator preferencial, devem ser consultados o parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Mas o parentesco não assume, como antes, critério exclusivo de prevalência sobre a afetividade.¹⁵

3. SITUAÇÃO FÍSICA E JURÍDICA DO MENOR SOB GUARDA COMPARTILHADA

A guarda unilateral não apresenta maiores dificuldades na definição do *status* jurídico do menor. Há correspondência natural, em

¹³ Especialmente quando a culpa da dissolução da sociedade conjugal era de ambos os cônjuges: RT 200/367.

¹⁴ Na jurisprudência, há precedente do STJ atribuindo a guarda à avó, em situação na qual os pais não se opunham a essa titularidade e apresentavam dificuldades econômicas: “Civil. Família. Guarda judicial. Prevalece o interesse da menor. Nas decisões sobre a guarda de menores, deve ser preservado o interesse da criança, e sua manutenção em ambiente capaz de assegurar seu bem estar, físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros” (STJ, REsp 686.709/PI, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 28.06.2006, DJ 12.03.2007, p. 220). Idem: STJ, REsp 469.914/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 04.02.2003, DJ 05.05.2003, p. 310.

¹⁵ Nesse sentido e esclarecendo as distinções entre afinidade e afetividade: “Afinidade, para o fim de guarda exclusiva, não significa parentesco afim (o que se instaura com os parentes do outro cônjuge), mas inclinação e aptidão para cuidar e conviver com criança. Afetividade é a demonstração de relação de afeto que efetivamente existe entre a criança e a pessoa que assumirá a guarda. A afetividade deve gozar de preferência até mesmo em relação ao parente próximo” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173). Em contrário, defendendo o caráter preferencial do parentesco: NADER, Paulo. Op. cit., p. 246.

regra, entre a situação física e jurídica do filho. O detentor de sua guarda de fato é o titular do dever-poder de guarda.

Na guarda *alternada*, há momentos de atribuição exclusiva da guarda física a cada um dos pais, conforme critérios de distribuição de tempo. Assim, por uma semana, um mês, um ano, ou nas férias escolares, alterna-se a guarda e, durante esse lapso, um dos pais permanecerá fisicamente e com a titularidade jurídica sobre o filho.¹⁶

Na guarda *compartilhada*, a titularidade jurídica é comum a ambos os pais.¹⁷ O filho, a despeito da extinção dos vínculos conjugais ou de companheirismo, não sofre solução de continuidade no exercício do poder parental pelos dois genitores. Seus deveres e seus direitos permanecem sem alteração. A posse física, contudo, é geralmente conservada por um deles.¹⁸ O domicílio do menor será o paterno ou o materno, conforme acordado ou judicialmente determinado.¹⁹ Evidentemente que o outro genitor poderá exercer o direito de ter junto de si o filho. Nesses instantes, à guarda jurídica, somar-se-á a titularidade fática.

A responsabilidade civil decorrente de atos dos filhos, na guarda compartilhada, obedecerá à regra geral de sua atribuição aos pais, de modo conjunto.²⁰

4. ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

Um dos efeitos da extinção dos vínculos matrimoniais, societários ou de companheirismo é a definição de regras sobre o pagamento de

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 276; VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Op. cit., p. 311.

¹⁷ “Um terá a guarda física da criança (onde genitor e filho moram), mas ambos detêm a guarda jurídica do filho” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 272).

¹⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 112.

¹⁹ “A residência é única e não alternada, evitando assim o sentimento de insegurança e instabilidade que a guarda alternada instaura junto a crianças submetidas a este regime de guarda” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 272).

²⁰ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 165-166; AKEL, Ana Carolina Silveira. Op. cit., p. 108.

débitos alimentares. Independentemente dos deveres entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros, existem obrigações para com os filhos.²¹ O art. 1.703 do CCB/2002 confere a ambos os pais o dever de manutenção dos filhos, na proporção de seus recursos. A guarda ocupa posição central na distribuição de responsabilidades econômicas. O genitor que permanece com a guarda do filho é onerado diretamente com despesas de educação, alimentação, saúde e outras indispensáveis à plena formação do descendente.

Com a guarda unilateral, os problemas são resolvidos de modo simples. O pai-guardião, que detém física e juridicamente o vínculo parental com o menor, recebe do outro genitor a verba alimentar, em complemento à sua própria despesa com o filho.

A guarda alternada, por sua vez, é opção muito utilizada pelos pais que não possuem recursos – ou que não os pretendem despendar em abundância – e escolhem essa modalidade como meio de atenuar as despesas, na medida em que o tempo que o filho permanece em sua companhia é abatido do custo global com sua manutenção e, por conseguinte, não deve entrar no *quantum* da pensão alimentícia.

Na guarda compartilhada, o valor dos alimentos é também influenciado por esse regime. Como o filho permanece no domicílio de um dos pais, como usualmente se reconhece na doutrina, esse genitor arcará com maiores encargos e essa condição deverá refletir-se no valor dos alimentos devidos. É claro que poderão os pais deliberar, em acordo, que diversos gastos sejam pagos diretamente pelo genitor com quem o filho não reside, como a anuidade escolar, a mensalidade dos cursos de idiomas ou de esportes, bem assim o fornecimento *in natura* de bens essenciais (roupas, alimentos, material escolar). Na prática, contudo, o interesse em disputa gira em torno do dinheiro e não é conveniente doutrinar com finalidade admoestativa, e sim buscar soluções objetivas para os casos concretos. Em sendo dessa forma, na guarda compartilhada, o pai que tenha o filho em seu domicílio receberá alimentos proporcionais à presença física do menor, como se fosse no regime de guarda unilateral.

²¹ Acentuando que o direito aos alimentos pelos filhos não tem qualquer relação com a conduta culposa dos pais no processo de crise conjugal: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 281.

Ressalve-se, por óbvio, eventual acordo entre os pais. Se a guarda compartilhada previr momentos de convívio do menor com o pai com quem ele não reside, a depender da extensão desses períodos, esse tempo deve ser computado e abatido no *quantum* pago a título de alimentos naquele mês.

A guarda compartilhada é mais complexa e sutil que as formas tradicionais de guarda, conquanto menos engenhosa que a guarda alternada. Daí não ser, por exemplo, confundível o direito de visitas com o direito de passar um feriado com o filho. Nesta tipologia, o pai ou a mãe não visitam o filho. Eles possuem direito compartilhado de guarda e todos os instantes que estiverem com seu descendente são regidos por essa figura jurídica e não pelo direito de visitas. Com isso, suas responsabilidades ampliam-se e a divisão dos encargos é de ser em base equânime.

5. EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO SOBRE GUARDAS PRÉ-EXISTENTES

A guarda, assim como os alimentos, a tutela e a curatela, é uma figura jurídica submetida ao primado da regra *rebus sic stantibus*.²² Alterações fáticas, circunstanciais ou econômicas, ao exemplo da perda do emprego, da mudança de domicílio, da constituição de nova família, da degradação moral e outros sucessos comuns na vida humana, podem servir de fundamento à mudança do regime previamente estabelecido para a guarda dos filhos.²³

A inovação no panorama jurídico, causada pela Lei 11.698, de 13.06.2008, poderá também servir de base para requerimento de al-

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 258. Fala-se em “princípio da mutabilidade da guarda” (ZULIANI, Ênio Santarelli. Op. cit., p. 348).

²³ “Assim sendo, tanto a sentença que fixa a guarda como a que homologa o acordo não fazem coisa julgada, podendo ser modificadas, a qualquer tempo, se assim ditar o interesse dos menores” (RODRIGUES, Silvío. *Comentários ao Código Civil: Parte Especial. Do Direito de Família. Do Casamento*. Arts. 1.511 a 1.590. Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17, p. 202).

teração das guardas constituídas antes de sua vigência. A razão dessa afirmativa é de duas ordens.

Primeiramente, como já salientado, a guarda compartilhada, posto não prevista em lei, era objeto de moldagem pelos juízes brasileiros e reconhecida pela doutrina como aplicável aos casos concretos.²⁴ A nova redação dos arts. 1.583 e 1.584 do CCB/2002 veio – corretamente – a legitimar uma prática judicial, que se operava à margem da legislação e só não era contestada com maior intensidade porque, na maior parte dos casos, atendia ao princípio do melhor interesse da criança, razão de ser do próprio modelo brasileiro de exercício do poder familiar.

Em segundo lugar, ainda que se considerasse abusiva a intervenção judicial criadora de guardas compartilhadas antes da vigência da Lei 11.698/2008, o novo quadro jurídico passa a ser aplicável às guardas pré-existentes pelo aludido primado da regra *rebus sic stantibus*. Não há direito adquirido a regime de guarda. Se a alteração de circunstâncias de fato já se prestava como fundamento hábil à sua modificação, o que se dirá da entrada no ordenamento jurídico de dispositivos consagradores de uma tipologia diferente de guarda. Nesse caso, porém, não se pode adotá-la sem provocação dos interessados (*ne procedat iudex ex officio*).

BIBLIOGRAFIA

- AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 31, p. 19-30, ago.-set. 2005.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937. v. 2.

²⁴ Antes da Lei 11.698/2008, já se preconizava, em relação à guarda compartilhada, que: “O Código Civil não a prevê explicitamente, mas os dispositivos de que tratam da proteção dos filhos de pais separados devem ser interpretados em conformidade com tais princípios” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 177). Em idêntico sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6, p. 196.

- BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, n. 12, p. 27-39, jan.-mar. 2002.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Arts. 1.571 a 1.638. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar *et alii*. *Comentários ao Código Civil brasileiro: Do Direito de Família* (arts. 1.511 a 1.638). Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: Direito de Família. Casamento. Artigos 1.511 a 1.590*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.
- GONÇALVES, Denise Wilhelm. Guarda compartilhada. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 50, n. 299, p. 44-54, set. 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: RT, 1997.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: O conflito no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 6.
- NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil: Parte Especial. Do Direito de Família. Do Casamento*. Arts. 1.511 a 1.590. Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17.
- SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Anotações sobre a guarda compartilhada. *Revista de Direito Privado*, v. 6, n. 22, p. 96-113, abr.-jun. 2005.
- SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.
- VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Guarda compartilhada. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 33, p. 305-312, 2006.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda de filhos. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 349, p. 33-52, nov. 2006.