

2017 - 02 - 16

## Revista dos Tribunais

2015

RT vol.957 (Julho 2015)

Doutrina

## Doutrina

### Direito Civil

## 1. A nova roupagem da guarda compartilhada

---

### The new guise of joint custody

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR

*Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-graduado em Direito Contratual, Direito das Relações Sociais e Direito Civil Internacional. Professor de Direito Civil, Processo Civil e Constitucional da Associação Educacional Toledo (Pres. Prudente) e da Fema-Imesa Assis. [jesualdo@almeidapimentel.com.br](mailto:jesualdo@almeidapimentel.com.br)*

#### Sumário:

1. Introdução
2. Da guarda
3. Diversas modalidades de guarda
4. Inovações advindas da Lei 13.058, de 22.12.2014
  - 4.1 Nova redação do art. 1.583 do CC/2002 brasileiro
  - 4.2 Nova redação do art. 1.584 do CC/2002 brasileiro
  - 4.3 Nova redação do art. 1.585 do CC/2002 brasileiro
  - 4.4 Nova redação do art. 1.634 do CC/2002 brasileiro
5. Retroatividade da lei aos casos já julgados
6. Considerações finais
7. Bibliografia

**Área do Direito:** Infância e Juventude

#### Resumo:

O presente trabalho aborda as modificações introduzidas no cenário das disputas das guardas de filhos após o advento da Lei 13.058, de 22.12.2014, que alterou os arts. 1.583, 1.584 e 1.634 do CC/2002

brasileiro, para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. A análise se presta a identificar as reais alterações, e como são superadas - ou mantidas - questões tradicionais como direito de visitas e a fixação das pensões alimentares, sobretudo com a nova proposta de aceitação de prestação de contas.

### **Abstract:**

The present work deals with the changes in the scenery of disputes of the guards of children after the advent of Law 13,058, of December 22, 2014, which altered the arts. 1,583, and 1,634 1,584 of the Brazilian Civil Code, to establish the meaning of the phrase "joint custody" and provide for their enforcement. The analysis lends itself to identify the actual changes, and how they overcome-or maintained - traditional issues as visitation and the setting of alimony, especially with the new proposal for acceptance of accountability.

**Palavra Chave:** Guarda - Guarda compartilhada - Melhor interesse do menor - Igualdade de gênero.

**Keywords:** Guard - Joint custody - The child's best interest - Gender equality.

## **1. Introdução**

Com o advento da Lei 13.058, de 22.12.2014, que alterou os arts. 1.583, 1.584 e 1.634 do CC/2002 brasileiro para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação, um novo cenário se impôs.

Outrora partia-se da premissa que a mulher, desde que não culpada pela separação ou divórcio, seria a guardiã natural dos filhos do casal rompido. Posteriormente houve a introdução da guarda compartilhada, que, no entanto, figurou como mera alternativa e às vezes aplicada excepcionalmente. Porém, agora, por força desta nova lei, a "guarda compartilhada" tornou-se regra.

Neste trabalho basicamente discorreu-se sobre as inovações trazidas pela vicejante lei, analisando-se pormenorizadamente as suas disposições.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, partindo-se das premissas gerais a fim de solucionarem-se questões específicas.

Deste modo, primeiro abordou-se o conceito de guarda e as suas modalidades. Ato seguinte, o discurso centrou-se sobre análise do novo texto legal.

## **2. Da guarda**

Segundo o conceito de José Antônio de Paula Neto,<sup>1</sup> a guarda trata-se de um "direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este".

Silvana Maria Carbonera,<sup>2</sup> por seu turno, argumenta que a guarda não tem um conceito e inacabada, mas a vê como um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Em qualquer civilista pesquisado, ler-se-á que a guarda é um poder e um dever que se impõe à pessoa do guardião no propósito de dar assistência moral, educacional e material ao menor. É, pois,

uma relação de caráter pessoal entre o guardião e o menor, com reflexos de cunhos assistenciais, inclusive de natureza material.

Nosso ordenamento jurídico traz dois regramentos distintos sobre guarda de menores. Um, disposto no Código Civil, que trata da guarda em caso de dissolução da entidade familiar e da disputa entre os genitores. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente preocupa-se com a guarda na modalidade de colocação em “família substituta”, confiando-se a a um terceiro que não os pais.

A nós, neste trabalho, importa apenas a guarda prevista no Código Civil e em especial as modificações ora incorporadas ao instituto.

A guarda já tinha regular tratamento no Código Civil. Pelo art. 1.566, o sustento, a guarda e a educação dos filhos é dever de ambos os cônjuges. E nesta esteira, o art. 1.634, ao tratar do poder familiar, determina que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, (...) tê-los em sua companhia e guarda”.

Num tratamento anacrônico de disformidade, relegando-se à união estável um cuidado paralelo, senão menor, discorreu-se em artigo autônomo, qual seja, art. 1.724, sobre os deveres pessoais recíprocos entre os companheiros, e previu que “obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

A guarda em questão está diretamente ligada ao poder familiar, e se extingue exatamente no momento em que se finda este poder familiar, cujas hipóteses estão previstas no art. 1.635 do CC/2002 brasileiro: “I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 5.º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial.”

Enquanto os pais convivem serão mínimos, senão inexistentes, os conflitos sobre a guarda dos filhos, haja vista que ambos os pais, em suposta harmonia, exerceriam-na debaixo do mesmo teto. O problema, no entanto, dá-se quando o casal de genitores rompe o relacionamento, ou quando a filiação decorre de um casal que não coabita. E são nestes cenários que a Lei 13.058, de 22.12.2014, veio inovar. Aliás, diríamos, realinhar o que já se previa no Código Civil.

Pois não era outra a regra que já se lia (e se lê) no art. 1.636 do CC/2002: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

O art. 1.579 também era (e é) de solar clareza ao propor que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. E seu parágrafo único reza(va) que “novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

Deste modo, a proposta do legislador parecia elementar: o fim do relacionamento entre os pais não implica em fim de relacionamento com seus filhos. Logo, a proposta de uma guarda adstrita a apenas um genitor, privando o outro de contato constante, relegando-o a um convívio tópico e mínimo, nunca foi a ideologia do Código Civilista.

Outrossim, é truísmo tão ululante que dispensa fundamentação, a igualdade de gênero implica evidentemente no direito igualitário de acesso e guarda dos filhos.

Ademais, o verdadeiro viés não deve ser o direito dos pais, mas sim o interesse dos filhos, num coro aos já consagrados princípios da “prioridade absoluta” e do “melhor interesse do menor”.

A nosso ver, a nova lei da “guarda compartilhada” tira apenas a poeira que impedia a visualização das cores do móvel. Ele já estava lá, mas era encoberto pelo areeiro do conservadorismo e da visão distorcida do sistema.

### 3. Diversas modalidades de guarda

O Código Civil, já alterado pela Lei 11.698, de 13.06.2008, previu a existência da guarda unilateral e da guarda compartilhada.

Por “guarda unilateral” definiu-se aquela que é atribuída a um

“Só dos genitores ou a alguém que o substitua, (...) que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.”

Via de consequência, concede-se ao genitor “mais preparado” a guarda do menor, com o estabelecimento de regime de visitas ao genitor não guardião.

Por “guarda compartilhada” previu-se 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.

Esta modalidade de guarda surgiu através do PL 6.350/2002, com o apelo de que se encontrava na própria realidade social e judiciária (visto que a referida modalidade já era adotada pelos Tribunais, ainda que não positivada), e sobretudo para que se assegurasse o primado do melhor interesse do menor, e também da igualdade entre os cônjuges.

Samara Rodrigues<sup>3</sup> atesta que “seria este o ânimo do legislador, (pois) a guarda compartilhada permitiria um convívio mais estreito e direto dos filhos com seus genitores, sendo estes coparticipes, em igualdade, de direitos e deveres relativos à vida de sua prole”.

Destarte, tem-se por “guarda compartilhada”, “guarda conjunta”, ou “exercício conjunto das responsabilidades parentais”:

“Um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos”.<sup>4</sup>

Assim, ambos os genitores são considerados coguardiães da criança, em contraposição à guarda unilateral, que delega claramente o papel de guardião para apenas um dos pais e concede ao outro o mero direito de visitação.

Há também a chamada “guarda alternada”. Apesar de não encontrar respaldo na legislação brasileira,<sup>5</sup> cabe citá-la haja vista que é excepcionalmente adotada – apenas em casos pontuais – e, mais importante, comumente confundida com a guarda compartilhada no Brasil.<sup>6</sup>

Cláudia Lopes Batista reclama com certa razão:

“A desinformação de muitos sobre esse tipo de guarda proposta iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneceriam por um período na casa do pai, o que, dentre outros malefícios dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional”.<sup>7</sup>

Waldyr Grisard Filho a defende nos seguintes termos:

“A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.”<sup>8</sup>

Porém, a guarda alternada sofre grande resistência. A psicóloga Rosa Sender Lang,<sup>9</sup> em trabalho apresentado na Palestra Preliminar do 5.º Colóquio Internacional da Relação Mãe-Bebê, em (Mesa Redonda realizada na Sociedade Psicanalítica do Rio de Janeiro, 13.06.2000), lecionou:

“A guarda compartilhada deveria se limitar à responsabilidade partilhada, que em muitos ex-casais já ocorre normalmente, mas ela não deveria significar divisão rígida em termos do tempo e do espaço físico da criança. Uma divisão do tipo um mês com cada um, seria contraindicada, principalmente na primeira infância.

A criança necessita de um porto seguro que a casa de origem proporciona, na qual possa se reconhecer no ambiente conhecido e estável. Preservar este lugar significa manter constante o mundo da criança, já que o quarto da criança representa inicialmente, a extensão do seu mundo interno, pois é através da constância dos objetos conhecidos e familiares repletos de significados em seu ambiente, que a criança reencontrará a paz que precisa para lidar com a instabilidade que a situação acarreta. Isto não impede que possa ter e, é fundamental que tenha um espaço na casa do genitor descontínuo, pois isto representa para a criança a comprovação concreta de ter um espaço no coração e na mente do mesmo.”

Parece-nos, contudo, precipitado apontar aprioristicamente qual destas formas de guarda seria a preponderante, ou que sempre a guarda alternada seja nociva. Não se pode perder de vista o princípio do melhor interesse do menor. Se, eventual e excepcionalmente a guarda alternada se fizer pertinente, por que não deferi-la? Se não há previsão no Código Civil, o princípio do “melhor interesse do menor” já basta!

Fala-se ainda da modalidade “aninhamento ou nidacão”. Roberta Alves Belo<sup>10</sup> a explica como espécie de guarda em que a criança permanece morando na mesma casa, tendo seus hábitos e rotinas preservados, competindo aos pais, em períodos alternados, revezarem-se nos cuidados com o filho.

Embora seja curiosa, de difícil execução, senão pitoresca, aqui também cabe repisar o princípio do “melhor interesse do menor”. Se os envolvidos estiverem felizes e propiciarem desta forma o melhor desenvolvimento para o menor, por que não?!

Porém, nossa proposta é a análise da Lei 13.058, de 22.12.2014, que alterou os arts 1.583, 1.584 e 1.634 do CC/2002 brasileiro, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, é isso que faremos:

#### **4. Inovações advindas da Lei 13.058, de 22.12.2014**

#### 4.1. Nova redação do art. 1.583 do CC/2002 brasileiro

Mantiveram-se intactos o *caput* do artigo em questão e o seu § 1.º, que esclarecem que as guardas podem ser unilaterais ou compartilhadas, definindo-se-as. Manteve-se, ademais, a não previsão da guarda alternada. No entanto, alterou-se o parágrafo segundo para o fim de suplantar a proposta preferencial de uma guarda unilateral, substituindo-se a redação pela que segue: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Em que pese esta redação, entendemos que ainda se mantém a obrigação judicial de se fixar o tempo (dia) de convívio com o filho. Visitações livres são prejudiciais tanto aos pais quanto principalmente aos filhos. Eventualmente a criança está na expectativa de que seu genitor venha lhe visitar naquele dia, e isto não acontece. A sensação de frustração é elementar; outra vez o filho tem programas a fazer e o genitor aparece de surpresa para a visita. Novamente há frustrações de planos.

A fixação de dias é providencial para o acesso aos filhos. O juiz não deve mais fixar a guarda para um genitor com o direito de visita para o outro genitor. Deve apenas fixar a guarda compartilhada e permitir que o “convívio” do genitor que não resida com os filhos dê-se em tais dias, dividindo estes dias de forma proporcional. Logo, cai por terra aquela inexorável prática de visitas somente nos finais de semana, salvo se for a recomendável no caso concreto.

Interessante redação também advém do parágrafo terceiro: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

Antes, era comum o guardião mudar-se para outra cidade, muitas vezes por simples alienação parental, e levar o filho consigo, pois, enfim, “era o guardião”.

Agora não mais. Em caso de mudança de cidade de um dos genitores, o juiz avaliará qual cidade será a base de moradia dos filhos. Portanto, por exemplificar: a mãe tem a guarda dos filhos e com eles reside em Assis. Então, resolve mudar-se para Presidente Prudente. Antes, levar os filhos consigo seria corolário. Agora não mais. O juiz levará em conta fatores para resolver qual será a “cidade base” dos menores. Por exemplo: os filhos estão inseridos no ambiente escolar em Assis? Formou considerável grupo de relacionamento social? A maioria de seus parentes, em especial seus avós, residem em Assis? Se estas respostas forem positivas, por certo a “cidade base” será Assis, e conseqüentemente os filhos residirão doravante com o pai.

Introduziu-se também uma nova redação, criando-se o § 5.º, que prevê:

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

A guarda compartilhada deve ser a preferencial. Porém, nem sempre será factível. Nesta hipótese fixar-se-á a guarda unilateral, com a velha regra de um genitor ser o guardião e o outro ter o direito de visitas. Mas, no acima transcrito parágrafo 5.º está uma interessante inovação: aqueles que militam na seara das Varas da família sempre tiveram imensa dificuldade em promover ação de prestação de contas de pagamentos de obrigação alimentar. Por exemplo, o pai que prestava alimentos promovia ação de prestação de contas contra a mãe que os recebia em nome do filho, e para fiscalizar sua utilização propunha a ação de prestação de contas. O Judiciário sempre foi

refratário a esta ação, e as respostas eram quase sempre no sentido de se rejeitar liminarmente a inicial por falta de interesse de agir, e algumas vezes ilegitimidade ativa, ao argumento de que seria inútil o provimento uma vez que quaisquer valores que fossem porventura apurados em favor do pai autor da ação estariam cobertos pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos.

Eis que o cenário é outro. Por expressa disposição legal, doravante qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas. Ainda que a proposta não seja repetir os alimentos, será por certo fiscalizar sua correta aplicação, e em caso de má gestão promover as ações cabíveis, inclusive revisional de alimentos e indenizatórias contra o genitor malversador.

#### 4.2. Nova redação do art. 1.584 do CC/2002 brasileiro

As modificações do artigo em questão dão-se a partir do parágrafo segundo. Antes, previa-se que “sempre que possível” a guarda compartilhada seria aplicada. Agora, lê-se que será imposta pelo juiz a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores não quiser ser guardião.

Porém, diferentemente da credence popular, guarda compartilhada é divisão responsabilidades, mas não anarquia quanto às “visitações”. O juiz continuará a fixar a casa-base onde o filho residirá e os “períodos de convivência”, sempre dentro de uma proposta de divisão paritária que não atrapalhe o menor. Para tanto, poderá pautar-se em um estudo psicossocial adrede preparado, que, inclusive, poderá indicar que a guarda compartilhada não é a recomendada ao caso.

Caso um dos guardiões descumpra os prazos ou os requisitos estabelecidos nas condições judiciais sujeitar-se-á a redução de suas prerrogativas (§ 4.º). E se há pena civil específica, não há que se falar em tipo pena de desobediência.

Um excelente facilitador se encontra no § 6.º. O genitor que não é guardião amiúde tinha grandes dificuldades para ter acesso a históricos escolares, prontuários médicos, saldos de contas etc, de seus filhos, o que os deixavam à margem da real situação da vida de suas crianças e adolescentes. Entretanto, doravante, qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de astreinte de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Outrossim, nada muda no tocante à fixação da verba alimentar. Será providencial a fixação de valores devidos por cada um dos genitores aos filhos, afim de que se tornem líquidos e certos tais valores e possibilitem imediata execução em caso inadimplência.

Repita-se, “guarda compartilhada” não é “guarda anárquica”. A proteção dos filhos deve ser otimizada, e não relativizada. Portanto, o juiz deverá fixar o valor da pensão mensal devida, a fim de que estes valores tornem-se certos e líquidos e facilitem a cobrança judicial em caso de inadimplência.

Em parênteses, defendemos a tese de que o juiz, inclusive, deva fixar multa moratória nas pensões alimentares. A inter-relação do sistema é elementar e deve ser utilizada na proteção do menor. Assim, incorporar regras do Direito das Obrigações ao Direito de Família, desde que compatíveis e positivas, são bem-vindas.

Muitos devedores de obrigações alimentares simplesmente retardam os pagamentos por capricho, desleixo ou outros fatores menores. Isso compromete todo o orçamento do credor alimentar, que conta com os valores naqueles dias avençados, pois vinculou tais recebimentos ao pagamento de

suas responsabilidades mensais.

Se há o atraso no recebimento da verba alimentar, também haverá o atraso do pagamento de suas responsabilidades mensais. Ocorre que sobre estas responsabilidades incidirão multa e juros. Assim, nada mais justo que o devedor moroso das obrigações alimentares também seja onerado com multa e juros.

Afora o caráter pedagógico desta multa sobre as verbas alimentares. Esta multa, por certo, forçará o devedor a pagar os valores tempestivamente.

#### 4.3. Nova redação do art. 1.585 do CC/2002 brasileiro

Esta é a nova redação deste artigo:

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

No Direito Penal figura a proposta da Justiça Restaurativa, concentrada na proposta conciliatória com o predomínio da reparação do dano causado à vítima, com o foco voltado à assistência desta. Conquanto uma teoria penalista, o diálogo das fontes e a interdisciplinariedade do conhecimento humano produzem transcendências e influências recíprocas. A proposta é, pois, proteger-se a vítima, muitas vezes mediante diálogos com o ofensor ou reparações diretas entre as partes.

Na processualística civil a tônica é a mesma. Dá-se predominância aos “acordos”. Assim, um diálogo prévio entre as partes antes da beligerância processual muitas vezes é pertinente. E este foi o espírito adotado neste art. 1.585.

Antes de qualquer deferimento de medidas liminares em questões de guarda, visita ou separação de corpos, e se possível for, o juiz ouvirá as partes, tentando conciliá-las e munindo-se de maiores elementos para uma correta decisão, ainda que em cognição provisória.

Claro, se prudente for. Haverá casos graves, em que a incolumidade física, moral, econômica, ou a própria vida das partes envolvidas estará em risco. E nestas situações, impor-se-á as tradicionais medidas *inaudita altera pars*.

#### 4.4. Nova redação do art. 1.634 do CC/2002 brasileiro

A redação revela por si:

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

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

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

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Nada de complexo, nada de dúbio, que merecesse qualquer reflexão, afora a reafirmação de que em quaisquer situações a responsabilidade e a decisão sobre os filhos é de ambos os genitores.

## 5. Retroatividade da lei aos casos já julgados

Sabe-se que por imperativo constitucional a nova lei não retroagirá para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, poderia a lei nova atingir os processos já julgados em que se deferiu a guarda a apenas um dos pais, em desacordo com o disposto pela nova lei?

Creemos que sim.

A guarda está diretamente ligada ao poder familiar e com ele se confunde. E o poder familiar é um instituto de trato sucessivo, que se protraí para além do período temporal fixado numa sentença, sujeito a constantes modificações fáticas.

Tanto é assim que as ações de revisão, modificação ou extinção de guarda revelam que este instituto é marcado pela transitoriedade e precariedade.

O art. 35, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é neste sentido: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.”

As sentenças que fixam as guardas são daquelas que a doutrina denomina de decisões determinativas ou instáveis, exatamente porque se sujeitam a manutenção do *status quo*.

Aliás, há quem argumente, como Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,<sup>11</sup> que a modificação da coisa julgada em tais sentenças não implicaria em exceção à autoridade da coisa julgada, e sim acolhimento do princípio *rebus sic standibus*. O juiz, a proferir nova decisão, não estaria alterando o julgado anterior, mas exatamente para atendê-lo, estaria adaptando-o ao estado de fato superveniente.

No mesmo sentido Francesco Carneluti.<sup>12</sup> Este autor sustenta que quando tenha intervindo uma mutação no estado de fato ou no estado de direito que existia quando se constituiu a coisa julgada, como por exemplo nos processos de interdição, permitir-se-ia a revisão do juízo, e a possibilidade que se pronuncie um novo juízo, implicando, ao ver de Carnelutti, na extinção da eficácia do juízo anterior.

A sentença de mérito formula a regra concreta e a relação do direito material apresentada em juízo. Nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influem naquela situação alterando-a. Obviamente, o provimento jurisdicional não pode impedi-los. São fatos e questões jurídicas novas

incidentes sobre a situação da vida, modificando-a.<sup>13</sup>

Por tudo isto, cremos ser possível reverem-se todos os processos de guarda já findos, para que se aplique a nova lei e suas novas regras, mormente com base no princípio da “primazia do interesse do menor”.

## 6. Considerações finais

Ao cabo do que se expos, extraem-se as seguintes considerações:

1. A guarda compartilhada passou a ser a tônica, devendo o juiz dar-lhe primazia, salvo quando um dos genitores não queira ou se revele inapto ao exercício do múnus;
2. A guarda alternada não está prevista em lei, porém não pode ser simplesmente afastada aprioristicamente, haja vista que excepcionalmente seja a mais razoável ao caso concreto;
3. A guarda compartilhada exige do juiz que fixe qual será a cidade base da moradia do menor, o tempo de convívio com cada um dos genitores, e o valor da verba alimentar devida por cada um dos genitores;
4. Na guarda unilateral, o pai que não a tenha poderá supervisionar o interesse dos filhos, inclusive mediante ações de prestação de contas contra o outro genitor e requisição de informações a órgãos públicos e particulares;
5. Cremos ser possível reverem-se todos os processos de guarda já findos, para que se aplique a nova lei e suas novas regras, mormente com base no princípio da “primazia do interesse do menor”.

## 7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

AMARAL, Cláudia Hass. *Ativismo judicial como instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais*. Anais do II Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – UENP. 1 CD-ROM.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BARROS, Sérgio Rezende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em [www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont#ld.] Acesso em: 21.01..2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. *44 Cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BELO, Roberta Alves. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/guarda-alternada-versus-guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-nos-processos-judicial].

BRASIL. Lei 10.406, de 11.01.2002, que dispôs sobre o Novo Código Civil. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), 11.01.2012.

\_\_\_\_\_. Lei 13.058, de 22.12.2014, que alterou os arts 1.583, 1.584 e 1.634 do Código Civil brasileiro, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), 22.12.2014.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade*. Estudos Jurídicos. São Leopoldo, vol. 31, n. 83, set.-dez. 1998. Acesso em: 10.06.2013.

CARBONERA, Maria Silvana. *Guarda de filhos - Na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. *Revista de Bioética*, vol. IV, n. 02. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\_bioetica/article/view/416/379]. Acesso em: 23.06.2013.

CURY, Munir. Direito e fraternidade. Disponível em [www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/39.pdf]. Acesso: 03.01.2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Alimentos: um tema e três questões. CD- Ron Magister. Porto Alegre: Ed. Magister, 2013, v. 47.

EPAGNOL, Rosângela Paiva apud ARAÚJO, Fernando. Guarda compartilhada x guarda alternada. Disponível em [http://nando43jur.jusbrasil.com.br/artigos/153703170/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada?ref=topic\_feed]. Acesso em 08.01.2015.

FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Minas Gerais: IBDFAM, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Direito subjetivo e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FELIPE, Márcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRY, Luc. *A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Trad. Véra Lucia dos Reis. São Paulo: Ed. Objetiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JABLONKI, Bernardo. Paternidade hoje: uma metanálise. Disponível em [www.bernardojablonski.com/pdfs/producao/paternidade\_hoje.pdf, 2012]. Acesso em: 30.06.2013.

JATOBÁ, Clever. Filiação socioafetiva: os novos paradigmas de filiação. Disponível em [www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=535]. Acesso em: 22.06.2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Cláudia Batista. Guarda Compartilhada valoriza papel do pai e da mãe. Disponível em: [www.conjur.com.br/2002-nov-28/guarda\_compartilhada\_valoriza\_papel\_pai\_mae]. Acesso em: 10.08.2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil. Tendências. *RT* 779/47.

NETO, José Antônio Paula Santos. *Do poder familiar*. São Paulo, 1993.

RODRIGUES, Samra. [http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada].

SARTI, Cynthia A. *Família enredadas*. In: ACOSTA, Ana Rojas (org.). *Família. Redes, laços e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Cortez Ed., 2005.

\_\_\_\_\_. *A família como espelho. Um estudo sobre a moral dos pobres*. 3. ed., São Paulo: Cortez Ed., 2005.

SAWAIA, Bader B. *Família e afetividade: a configuração de uma práxias ético-política, perigos e oportunidades*. In: ACOSTA, Ana Rojas (org.). 2. ed. São Paulo: Cortez Ed., 2005.

### **Pesquisas do Editorial**

- A GUARDA COMPARTILHADA NA LEI 13.058 DE 22.12.2014, de Regina Beatriz Tavares da Silva - RDFAS 2/2014/243
- GUARDA COMPARTILHADA: UMA TENTATIVA DE DIMINUIR A ALIENAÇÃO PARENTAL, de Meg Francieli Svistun - RDPriv 61/2015/249
- COMENTÁRIOS À LEI 13.058, DE 22.12.2014 - DITA, NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA, de Eduardo de Oliveira Leite - RDFAS 3/2015/77
- GUARDA: NOVAS DIRETRIZES, de Maria Helena Diniz - RDCC 3/2015/207