

MAPEAMENTO DOUTRINÁRIO E GUARDA COMPARTILHADA: PERÍODO DE CONVIVÊNCIA E ALIMENTOS (PECÚNIA OU *IN NATURA*)

Carlos Eduardo Elias de Oliveira¹

RESUMO

Na guarda compartilhada, a divisão do período de convivência com o filho menor de idade deve ser, ao máximo, igualitária entre os pais? E a regra do custeio das despesas do filho deve ser *in natura* ou por meio de alimentos pecuniários? Este artigo trata dessas duas questões, indicando a posição de diversos juristas, expondo as correntes existentes e apontando para uma solução.

Palavras-Chave: Direito de Família. Guarda Compartilhada. Filho menor de idade. Criança e Adolescente. Pais.

INTRODUÇÃO

Este artigo aprofunda o debate relativo à divisão do período de convivência e à forma de fixação dos alimentos no caso de guarda compartilhada².

Para o leitor com mais urgência, recomendamos ir diretamente à conclusão, onde resumimos, em tópicos, este texto.

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal. Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos. Pós-Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Advogado, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ. Membro do Grupo de Trabalho para elaboração do Código Nacional de Normas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam. Membro da Comissão de Juristas responsáveis pela Revisão e Atualização do Código Civil (Senado Federal/2023). Instagram: @profcarloselias e @direitoprivadoestrangeiro. E-mail: carloseliasdeoliveira@yahoo.com.br

² Este texto contou com pesquisas realizadas durante o estágio pós-doutoral em Direito Civil perante a Universidade de São Paulo (USP), sob a supervisão do Professor Dr. Eduardo Tomasevicius Filho e iniciado em 2024. O texto é fruto de investigação sobre os impactos que o Direito de Família pode ter na circulação de bens por meio dos “investimentos” de tempo e recursos dos genitores nos trabalhos de cuidado com os filhos menores de idade, ainda mais em desfavor das mulheres, que costumam concentrar os trabalhos de cuidado.

Com o objetivo de ser mais preciso, fizemos um mapeamento de diferentes juristas civilistas mediante consulta direta, por conversa por *WhatsApp*, com perguntas mais práticas.

Foram 64 (sessenta e quatro) civilistas.

Exporemos o resultado logo no próximo capítulo. Alertamos que há diversos civilistas que não tivemos como consultar. Essa limitação deu-se pelas próprias restrições operacionais de uma pesquisa como a que foi feita.

Seja como for, a amostra acima é capaz de dar uma noção cartográfica da doutrina nesse assunto.

O tema é fundamental para o Parlamento, que, por duas vezes, editou leis para estabelecer a guarda compartilhada. Mas, apesar disso, a prática forense tem demonstrado que, em muitos processos judiciais, a divisão do período de convivência e o modo de custeio das despesas dos filhos menores não têm mudado muito em relação ao que havia antes das duas leis da guarda compartilhada.

O tema também é importantíssimo para entendemos os impactos do Direito de Família no tráfego de bens e na economia, seja em razão das movimentações financeiras por conta do regime de custeio, seja em virtude dos investimentos pessoais de tempo exigidos pelo regime de convivência, seja por outros fatores conexos.

Algumas advertências introdutórias devem ser feitas.

Em primeiro lugar, a guarda compartilhada não necessariamente afasta o dever de alimentos. Nas didáticas palavras de Flávio Tartuce, esse tipo de guarda “não gera, por si só, a extinção da obrigação alimentar em relação aos filhos”³.

Em segundo lugar, é pacífico que eventual culpa pelo fim do casamento ou da união estável é irrelevante para a definição do regime de guarda. A propósito, Eduardo Tomasevicius Filho dá oportuno e extremamente didático relato histórico do tema, *in verbis*⁴:

³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 282.

⁴ TOMASEVICIUS FILHOS, Eduardo. **Inconstitucionalidade da atual guarda compartilhada (Parte 1)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-24/direito-civil-atual-inconstitucionalidade-atual-guarda-compartilhada-parte/>>. Publicado

Até não muito tempo atrás, o legislador, motivado por questões morais e religiosas, punia o cônjuge responsável pelo desfazimento da família, privando-o da guarda, entendida como convívio com os filhos, por causa do preconceito existente de que o genitor considerado culpado era inapto ao exercício dos poderes decorrentes da condição de pai ou de mãe, além de sua presença ser considerada perniciososa, devido à sua imoralidade legalmente presumida. Nos termos da redação original do artigo 326 e seus parágrafos do Código Civil de 1916, a guarda era atribuída ao genitor inocente e, na hipótese de culpa dos dois genitores, filhos de ambos os sexos permaneciam com a mãe, mas o menino, a partir dos seis anos de idade, passava à guarda do pai. Admitiam-se disposições em contrário em casos de desquite amigável ou no melhor interesse da criança e assegurava-se ao genitor sem guarda o direito de visitas aos filhos, conforme disposto no artigo 327 do Código Civil de 1916.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) alterou o artigo 380, para definir que o pátrio poder era dos pais, exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Modificou parcialmente a regra do artigo 326 do Código Civil de 1916, para que, em caso de culpa de ambos os cônjuges pelo fim do casamento, o melhor interesse da criança fosse mais bem atendido com a permanência dela com a mãe, salvo se, desse fato, resultasse prejuízo moral a elas.

A partir do Código Civil de 2002, houve a adequação dos direitos e deveres entre cônjuges na lei ordinária por força da Constituição Federal, estabelecendo-se a igualdade entre eles, abolindo-se do texto as antigas regras de deveres do marido e deveres da mulher. Isso resultou em mais uma importante modificação paradigmática em matéria de guarda dos filhos, para que o poder exercido em face dos filhos não fosse mais exercido pelo pai, ainda que com a colaboração da mãe, mas que ambos o exercessem em igualdade de condições, denominando-se, agora, poder familiar. Defende-se o uso dos termos “autoridade parental” e “responsabilidade parental” ou até mesmo “função familiar”, uma vez que função é o exercício

em 24 de abril de 2017; TOMASEVICIUS FILHOS, Eduardo. **Inconstitucionalidade da atual guarda compartilhada (Parte 2)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-01/inconstitucionalidade-atual-guarda-compartilhada-parte/#:~:text=Tal%20como%20se%20encontra%2C%20a,vivem%20sob%20o%20mesmo%20teto>>. Publicado em 1^o de maio de 2017. Acesso em: 28 ago. 2024.

de poderes exercidos no interesse de quem sofre seus efeitos, e não no interesse de quem os exerce. As funções de genitores são indelegáveis e cessam somente com a maioridade civil.

Com a igualdade entre os cônjuges e a adoção do conceito de poder familiar, em substituição ao de pátrio poder, a guarda dos filhos tornou-se necessariamente compartilhada entre os genitores, ainda que, na redação original do Código Civil de 2002, inexistisse o termo “compartilhada” em qualquer de seus artigos. É, evidentemente, unilateral, quando um dos genitores não puder nem desejar exercê-lo, como nos casos de força maior, ou de suspensão ou perda do poder familiar.

Em terceiro lugar, é totalmente ultrapassado pensar que a mãe – por ser mulher – seria biologicamente a vocacionada a ter a preferência na guarda do filho. A propósito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com acerto, ilustram isso:⁵

Já cuidamos de mencionar que, para efeito da fixação da guarda de filhos, há de se levar em conta o *interesse existencial da prole*, e não a suposta responsabilidade daquele que teria dado causa ao fim do casamento.

Assim, imagine-se que o sujeito não haja sido um bom marido.

Enamorou-se de outra no curso do matrimônio.

Mas sempre se comportou como um pai exemplar, não permitindo que os seus filhos experimentassem influência perniciosa.

Ora, se, no curso do processo judicial em que se discute a guarda dos filhos – e isso, claro, pode ser analisado, sim, em procedimento de divórcio, desde que haja sido cumulado pedido nesse sentido –, ficar demonstrado que o genitor tem melhores condições para o exercício da guarda, poderá obter o deferimento desta.

Por fim, o foco deste artigo está na guarda dos pais, disciplinada nos arts. 1.583 e seguintes do Código Civil, e não na *guarda estatutária*, disciplinada

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraivajur, 2023, p. 557.

no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com efeito, José Fernando Simão genialmente aponta que, na verdade, apesar de diferenças quanto às causas e ao regime jurídico, trata-se estrutural e ontologicamente do mesmo instituto: a guarda⁶. Como, porém, o presente artigo atém-se a questões relativas ao regime jurídico, estamos a cuidar apenas da guarda decorrente do poder familiar.

Sobre a convivência e os alimentos no regime da guarda compartilhada, já tratamos do tema em outro artigo, intitulado “*Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos: Uma abordagem crítica*”, publicado na Coluna *Migalhas de Peso*, ao qual remetemos o leitor⁷. Também lidamos com o tema no artigo intitulado *Economia do Cuidado e Direito de Família*⁸.

No presente artigo, aprofundaremos o assunto.

1 MAPEAMENTO DOUTRINÁRIO: PERÍODO DE CONVIVÊNCIA E CUSTEIO DO FILHO MENOR DE IDADE

1.1. ESCLARECIMENTO DA METODOLOGIA DE PESQUISA

É lugar comum entre os civilistas que, em matéria de guarda e de alimentos em favor de filhos menores de idade, sempre o juiz tem de analisar o caso concreto e encontrar a solução mais condizente com o melhor interesse da criança e do adolescente. Não há controvérsia doutrinária sobre essa premissa.

De fato, todo caso concreto pode possuir particularidades. O filósofo pré-socrático grego Heráclito de Éfeso já alertava para a unicidade dos eventos,

⁶ SIMÃO, José Fernando. **Guarda de menores**: um conceito unitário no Direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-meno-res-conceito-unitario-direito-brasileiro/>>. Publicado em 4 de março de 2024. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁷ Para aprofundamento, veja este artigo: OLIVEIRA, Carlos E. Elias de Oliveira. **Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos**: uma abordagem crítica. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341301/guarda-compartilhada-regime-de-convivio-e-alimentos>>. Publicado em 5 de março de 2021.

⁸ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Economia do Cuidado e Direito de Família**: alimentos, guarda, regime de bens, curatela e cuidados voluntários. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2024 (Texto para Discussão nº 329). Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 7 de maio 2024.

lembrando que “*não se pode entrar duas vezes no mesmo rio*”⁹: afinal de contas, quando nele se entra novamente, não se encontram as mesmas águas, e o próprio ser já se modificou.

Isso, porém, não significa que o legislador ou o ordenamento sejam carentes de uma diretriz, a ser aplicada a um padrão (*standard*). É sempre preciso definir uma regra para um caso padrão a fim de servir de diretriz. Desse modo, o juiz só deverá fugir a esse padrão quando houver particularidades fáticas relevantes.

Na Física e na Química, o padrão costuma ser referenciado como CNTP (Condições Normais de Temperatura e Pressão). Metaforicamente, o que estamos a dizer é que a doutrina e o legislador precisam dizer como deve ser a definição do período de convivência e dos alimentos em *Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTP)*.

Nesse sentido, elaboramos perguntas que buscaram obter de diversos civilistas brasileiros a posição deles sobre esses assuntos.

Interpretando a resposta de cada civilista, elaboramos tabelas indicativas da inclinação doutrinária de cada um, conforme se verá no próximo subcapítulo.

O resultado deve ser visto como uma inclinação, porque é fruto de um raciocínio indutivo feito a partir das respostas de cada um.

Além disso, é preciso realçar que, a depender do caso concreto, tendo em vista as particularidades fáticas, a solução pode ser diferente. A reflexão aqui é apenas para levar em conta uma situação padrão (metaforicamente, uma situação de CNTP).

Por fim, cabe uma advertência: a pesquisa leva em conta casos em que, apesar de todos os esforços, não se obteve consenso entre os genitores. É que, quando há consenso entre os genitores, a posição praticamente unânime dos

⁹ BORNHEIM, G. A. Os filósofos pré-socráticos. São Paulo: Cultrix, 1994, p. 41. Ver também: SILVA, Jonathas Luiz Carvalho; GOMES, Henriette Ferreira. A informação em devir(es): uma reflexão filosófica no contexto da(s) disciplinaridade(s). In: **Revista de Informação**, v. 14, n. 2, abr./13 Disponível em: <<https://cip.brapci.inf.br/download/7660>>. Acesso em: 28 ago. 2024.

civilistas é no sentido de que o juiz deve homologar o acordo, salvo manifesta violação ao melhor interesse da criança e do adolescente.

1.2. RESULTADO: COMO DEVE SER A DIVISÃO DO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA?

Na guarda compartilhada de filho menor de idade, em relação ao período de convivência entre os pais, o § 2º do art. 1.583 do Código Civil (CC) estabelece o seguinte:

Art. 1.583, § 2º: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

Quanto ao dever de custeio das despesas do filho menor de idade (seja *in natura*, seja em alimentos), estes são os principais dispositivos do CC:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

(...)

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

(...)

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.694. 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 necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Diante disso, indaga-se: supondo inexistir consenso entre os genitores e levando em conta uma situação padrão (metaforicamente, uma situação de *Condições Normais de Temperatura e Pressão – CNTP*), como deve ser feita divisão do período de convivência do filho com ambos os genitores? E como deve ser a forma de prestação de alimentos?

Cabe um alerta: **só estamos levando em conta o período de convivência e os alimentos.** Não estamos tomando em consideração as decisões a serem tomadas em relação a questões operacionais do filho, como as referentes à escolha da escola, ao esporte que fará, a eventual escolha religiosa etc.

A situação padrão reporta-se a dois genitores que – *sem terem formado qualquer consenso* – querem efetivamente manter o máximo de convivência com o filho e que possuem condições morais, pessoais, geográficas e financeiras similares, sem qualquer distinção fática relevante. Pense, por exemplo, em dois genitores que amam muito o filho, não adotam postura de violência, residem na mesma cidade e possuem a mesma profissão (ex.: dois servidores públicos, com salários muito similares).

Consultamos diversos civilistas mediante perguntas que permitiriam extrair uma inclinação deles diante do tema. Estas foram as perguntas:

Qual é o seu entendimento sobre estas questões abaixo?

Suponha um casal, com dois filhos menores de idade. Ambos os cônjuges são bons genitores e mantêm rotina de trabalho igual (trabalham em horário comercial). Ganham o mesmo valor de salário. Ocorrendo o divórcio, supondo que ambos queiram manter o máximo de dedicação no cuidado dos filhos e considerando que ambos vivem na mesma cidade, indago:

1) Você entende que, na fixação da guarda compartilhada, a divisão do período de convivência deve ser ao máximo igualitária, algo como 4 ou 3 dias de período contínuo de

convivência para cada um (ex.: quinta-feira após a escola até segunda-feira de manhã para um genitor; e segunda-feira de noite até quinta-feira de manhã para o outro; com inversão desses períodos a cada semestre ou a cada ano)?

2) Se os dois consortes fizerem um acordo estipulando o período de convivência na forma do item anterior, você entende que o juiz deveria homologar? Ou ele deveria negar a homologação? (obs.: a pergunta decorre da indisponibilidade do melhor interesse da criança).

3) Quanto ao custeio das despesas do filho, você entende que o juiz deve determinar que cada genitor tem de custear as respectivas despesas intramuros (as relativas ao respectivo período de convivência, como alimentação e moradia) e que o juiz deverá distribuir o dever de custeio *in natura* das despesas extramuros (ex.: plano de saúde, escola etc.) entre os pais proporcionalmente à capacidade financeira deles?

4) Em caso de negativa a resposta anterior, você entende que o juiz deveria obrigar um dos genitores a pagar pensão alimentícia pecuniária ao filho para que o outro genitor faça o custeio diretamente de todas as despesas dos filhos?

5) Em caso de positiva a resposta anterior, você entende que o pai é quem deverá pagar a pensão alimentícia? Lembro que, no exemplo, ambos os genitores possuem igualdade de condições de tempo e de habilidades pessoais para cuidar do filho.

Interpretando as respostas, elaboramos as tabelas abaixo, indicando a inclinação de cada civilista consultado:

DIVISÃO DO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA (sem consenso dos genitores; dentro de CNTP) – INCLINAÇÃO DOS CIVILISTAS CONSULTADOS		
Divisão ao máximo igualitária do período de convivência	Prevalência de um genitor na distribuição do período de convivência	Nenhuma das outras opções

<p>(ex.1: um genitor fica com o filho de terça-feira depois da escola até sexta-feira antes da escola em uma semana e, na outra semana, de sexta-feira depois da escola até segunda-feira antes da escola, admitido diferente divisão para férias e feriados; ex.2: quinta-feira após a escola até segunda-feira de manhã para um genitor; e segunda-feira de noite até quinta-feira de manhã para o outro; com inversão desses períodos a cada semestre ou a cada ano; admitido diferente divisão para férias e feriados)</p>	<p>Intensidade média</p> <p>(ex.1: genitor com menor tempo teria direito a um ou dois pernoites por semana, além de finais de semana alternados; admitida repartição igualitária do período de férias)</p>	<p>Intensidade Elevada</p> <p>(ex.1: genitor com menor tempo só teria direito a finais de semana alternados e convívios em alguns dias da semana sem pernoite)</p>	<p>(casos em que não conseguimos identificar a tendência em razão das respostas, talvez por hospitalidade às duas posturas anteriores a depender do caso concreto)</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Alexandre Barbosa da Silva 2. André Arnt Ramos 3. André Franco Ribeiro Dantas 4. Ana Carolina Brochado Teixeira 5. Ana Luiza Maia Nevaes 6. Bruno Leonardo Câmara Carrá 7. Carlos Alberto Dabus Maluf 8. Carlos Eduardo Elias de Oliveira 9. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk 10. César Calo Peghini 11. Daniela Maria Cilento Morsello 12. Dimitre Braga Soares de Carvalho 13. Eduardo Luiz Bussatta 14. Eugênio Facchini Neto 15. Felipe Braga Netto 16. Fernando Sartori 17. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka 18. Joyceane Bezerra de Menezes 19. Laís Bergstein 20. Luciana Faisca Nahas 21. Maria Berenice Dias 22. Maria Rita de Holanda 23. Marcel Edvar Simões 24. Marcelo Junqueira Calixto 25. Marcelo Truzzi Otero 26. Mário Luiz Delgado 27. Maurício Baptistella Bunazar 28. Patrícia Novais Calmon 29. Patrícia Ferreira Rocha 30. Pablo Malheiros da Cunha Frota 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Atalá Correia 2. Débora Brandão 3. Carlos Bentivegna 4. Conrado Paulino da Rosa 5. Flávio Grucci 6. Luciano Figueiredo 7. Nestor Duarte 8. Raquel Lucas Bueno 9. Rolf Madaleno 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Caio Morau 2. Paulo Nalin 3. Rolf Madaleno 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Eduardo Tomasevicius Filho 2. Eroulths Cortiano Junior 3. Flávio Tartuce 4. Frederico Henrique Viegas de Lima 5. Heloísa Helena Gomes Barboza 6. Hércules Alexandre da Costa Benício 7. Jaylton Lopes Jr. 8. Maria Carla Moutinho Nery 9. Pablo Stolze Gagliano 10. Rafael Calmon Rangel 11. Rosa Nery 12. Salomão Resedá
<ol style="list-style-type: none"> 31. Paulo Roque Khouri 32. Regina Beatriz Tavares da Silva 33. Roberto Figueiredo 34. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior 35. Rodolfo Pamplona Filho 36. Rodrigo da Cunha Pereira 37. Roger Silva Aguiar 38. Ronner Botelho Soares 39. Silvano José Gomes Flumignan 			

**DEVER DE CUSTEIO/ALIMENTOS (sem consenso dos genitores; dentro de CNTP)
– INCLINAÇÃO DOS CIVILISTAS CONSULTADOS**

Prevalência do custeio direto (alimentos <i>in natura</i>)	Prevalência dos alimentos pecuniários	Nenhuma das outras opções
<p>Regra: Custeio direto (alimentos <i>in natura</i>) para as despesas extramuros e para as respectivas despesas intramuros</p> <p>Exceção: Diferença de porte econômico entre os genitores, caso em que o genitor mais próspero assumirá mais despesas extramuros e, se for necessário, pagará alimentos pecuniários para o custeio das despesas intramuros do outro genitor.</p> <p>Obs.1: há outras exceções, a exemplo do caso de inviabilidade prática no caso concreto por conta de descumprimento sistemático do dever.</p> <p>Obs.2: essa posição não afasta eventual compensação financeira caso um dos genitores fique com um período de convivência maior.</p>	<p>Alimentos pecuniários em favor de um dos genitores (que fará o custeio direto das despesas extramuros e das respectivas despesas intramuros)</p>	<p>(casos em que não conseguimos identificar a tendência em razão das respostas, talvez por hospitalidade às duas posturas anteriores a depender do caso concreto)</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Alexandre Barbosa da Silva 2. André Arnt Ramos 3. André Franco Ribeiro Dantas 4. Ana Carolina Brochado Teixeira 5. Ana Luiza Maia Navares 6. Bruno Leonardo Câmara Carrá 7. Carlos Bentivegna 8. Carlos Alberto Dabus Maluf 9. Carlos Eduardo Elias de Oliveira 10. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk 11. Conrado Paulino da Rosa 12. César Calo Peghini 13. Daniela Maria Cilento Morsello 14. Dimitre Braga Soares de Carvalho 15. Eduardo Luiz Bussatta 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Atalá Correia 2. Caio Morau 3. Débora Brandão 4. Eroulths Cortiano Junior 5. Flávio Grucci 6. Rolf Madaleno 7. Ronner Botelho Soares 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Eduardo Tomasevicius Filho 2. Flávio Tartuce 3. Heloísa Helena Gomes Barboza 4. Hércules Alexandre da Costa Benício 5. Marcos Ehrhardt Jr. 6. Pablo Stolze Gagliano 7. Rafael Calmon Rangel 8. Rosa Nery 9. Salomão Resedá 10. Jaylton Lopes Jr.

<ol style="list-style-type: none"> 16. Eugênio Facchini Neto 17. Felipe Braga Netto 18. Fernando Sartori 19. Frederico Henrique Viegas de Lima 20. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka 21. Joyceane Bezerra de Menezes 		
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

22. Laís Bergstein		
23. Luciana Faisca Nahas		
24. Luciano Figueiredo		
25. Maria Berenice Dias		
26. Maria Carla Moutinho Nery		
27. Maria Rita de Holanda		
28. Marcel Edvar Simões		
29. Marcelo Junqueira Calixto		
30. Marcelo Truzzi Otero		
31. Mário Luiz Delgado		
32. Maurício Baptistella Bunazar		
33. Nestor Duarte		
34. Patrícia Ferreira Rocha		
35. Patricia Novais Calmon		
36. Pablo Malheiros da Cunha Frota		
37. Paulo Nalin		
38. Paulo Roque Khouri		
39. Raquel Lucas Bueno		
40. Regina Beatriz Tavares da Silva		
41. Roberto Figueiredo		
42. Roberto Paulino de Alburquerque Júnior		
43. Rodolfo Pamplona Filho		
44. Rodrigo da Cunha Pereira		
45. Roger Silva Aguiar		
46. Silvano José Gomes Flumignan		
47. Venceslau Tavares Costa Filho		

Em suma, o resultado foi este:

- a) *Período de convivência*: 62,5% são pela divisão ao máximo igualitária; 18,75 % pela prevalência do tempo de convívio com apenas um dos genitores (cerca de um quarto destes entendem que só pode haver pernoites em finais de semana ou feriados com o outro genitor); o restante (18,75%) não se encaixa em nenhuma das outras opções.
- b) *Dever de custeio*: 73,44% são pelo custeio direto (alimentos *in natura*); 10,94% são pela prevalência de alimentos pecuniários; o restante (15,63%) não se encaixa em nenhuma das outras opções.

2 DIVISÃO DO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA: TESE DA MÁXIMA IGUALDADE

2.1. EXISTÊNCIA DE UMA REGRA GERAL PARA O CASO *STANDARD*

Feito o panorama doutrinário supracitado, passamos a expor e a discutir os assuntos enfocados neste artigo: alimentos e período de convivência na guarda compartilhada.

Antes de aprofundar o debate sobre os alimentos na guarda compartilhada, convém recuperar o que defendemos sobre período de convivência no artigo intitulado “*Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos: Uma abordagem crítica*”, publicado na Coluna *Migalhas de Peso*, ao qual remetemos o leitor¹⁰. É que a definição do período de convivência no regime da guarda compartilhada pode ter reflexo na discussão sobre os alimentos.

Desde logo, deixamos absolutamente claro que, sempre, o juiz precisa analisar o caso concreto, pois pode haver particularidades que justifiquem uma solução diferenciada. Por exemplo, se os pais residirem em cidades diferentes, ter-se-á uma particularidade fática que atrairá uma solução diferenciada. Para esse exemplo, o § 3º do art. 1.583 do CC é textual em exigir que o juiz fixe uma cidade como base da moradia do filho menor de idade¹¹.

Além disso, sempre o juiz deve buscar prestigiar o acordo feito pelos pais quanto à definição do período de convivência, até porque a própria lei é expressa em reconhecer o papel decisivo da vontade dos genitores nesse assunto: o § 2º do art. 1.584 do Código Civil é textual em afirmar que a guarda compartilhada não deve ser aplicada se um dos genitores não desejar ter a guarda¹². Somente em casos de manifesta violação ao melhor interesse da criança e do

¹⁰ Para aprofundamento, veja este artigo: OLIVEIRA, Carlos E. Elias de Oliveira. **Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos: uma abordagem crítica**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341301/guarda-compartilhada-regime-de-convivio-e-alimentos>>. Publicado em 5 de março de 2021. Acesso em: 28 ago. 2024.

¹¹ Art. 1.583, § 3º, do CC: § 3º *Na guarda compartilhada, a cidade considerada base da moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).*

¹² Art. 1.584, § 2º, do CC: § 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 da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. (Redação dada pela Lei nº 14.713, de 2023).*

adolescente, é que o juiz deve rejeitar o acordo dos pais. Soa até um pouco arrogante o Estado contradizer a vontade consensual de ambos os genitores.

Seja como for, a doutrina e o legislador precisam dar uma diretriz *standard* a ser observada pelos juízes na definição do período de convivência para os casos em que não houver acordo dos pais e para as situações que não contiverem particularidades fáticas que fujam ao padrão.

O padrão pode ser pensado na hipótese de genitores igualmente aptos à convivência do filho, com moradias geograficamente próximas, com proximidade afetiva similar com o filho e com rotinas profissionais similares.

Na Física e na Química, o padrão costuma ser referenciado como CNTP (Condições Normais de Temperatura e Pressão). Metaforicamente, o que estamos a dizer é que a doutrina e o legislador precisam dizer como deve ser a divisão do regime de convivência em *Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTP)*.

O legislador, por meio de duas Leis de Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008 e Lei nº 13.048/2015) – a segunda como uma espécie de reforço da primeira –, deu a diretriz, estabelecendo, como foco, a “*divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe*” (art. 1.584, § 3º, CC).

A propósito desse foco, Paulo Lôbo realça o seguinte:

A Lei n. 13.058 volta-se essencialmente à divisão equilibrada do “tempo de convívio” com os filhos. Por essa e outras razões, a denominação correta é “convivência compartilhada”, pois o termo guarda, apesar de seu uso na legislação brasileira, é reducionista e evoca poder ou posse sobre o filho.¹³

O que seria essa *divisão equilibrada de tempo*?

No já citado artigo, defendemos que a regra geral na guarda compartilhada é a de que ambos os genitores devem ter períodos de convivência *ao máximo* igualitários com o filho menor. Isso é a *divisão equilibrada de tempo*.

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: volume 5: Famílias. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 199.

Denunciamos que, na prática forense – com algumas exceções –, esse regime legal não costuma ser observado de modo adequado, salvo quando há acordo entre os genitores.

Em muitos julgados, o que se vê é uma situação contraditória.

De um lado, se há acordo entre os pais, os juízes homologam acordos de divisão ao máximo igualitária de tempo de convívio e de repartição *in natura* das despesas do filho.

De outro, quando os genitores não se compõem, os juízes tendem a concentrar o tempo de convívio e o dever de gestão financeira na mãe, impondo ao pai períodos curtos de convívio (como se fosse um mero “visitante forasteiro”) e o dever de pagar uma pensão alimentícia em dinheiro (como se o pai fosse um mero “banco”).

Em outras palavras, os juízes, na prática, fixam guarda unilaterais *etiquetadas* de guarda compartilhada, com uma preferência assentada em perspectivas ultrapassadas de gênero.

Como se vê da prática forense, o critério adotado por muitos juízes nesse assunto não é o melhor interesse da criança e do adolescente, e sim a mera existência de acordo ou não dos genitores.

Trata-se de uma contradição. Ora, se o interesse do menor de idade é indisponível, os juízes não poderiam homologar acordos que previssessem divisão de períodos de convivência contrários a esse melhor interesse.

O fato é que essa postura observada em muitas decisões judiciais gera dois principais problemas.

O primeiro problema é a *sobrecarga de deveres sobre a mãe*, que precisa mobilizar todo o seu tempo para o cuidado do filho, resolvendo questões cotidianas (cozinhar, levar filho para escola, acompanhar tarefas de casa etc.). O pai, por outro lado, não “investe” um segundo sequer de seu tempo nessas tarefas.

Esse cenário da prática forense colabora para perpetuar a nociva realidade social de desigualdade de gêneros, dificultando o desenvolvimento profissional da mulher pela falta de tempo disponível.

O problema gerado pela prática forense de transformar o pai em mero visitante é a *semi-orfandade*: o filho tende a distanciar-se afetivamente do pai e dos parentes paternos. Em muitos casos, especialmente naqueles em que a mãe mantém uma rotina de trabalho intensa, o filho terá mais intimidade com o profissional do lar contratado por ela do que com o pai, tudo por conta do reduzido período de convivência. Apontamos estudos de psicólogos sociais denunciando esse problema¹⁴.

Aliás, o próprio pai tende a se afastar do filho, seja por conta do reduzido tempo de convivência imposto pelo juiz, seja por não ter de dedicar um segundo sequer do seu tempo para “resolver” questões contratuais ou operacionais do filho. O papel desse pai acaba sendo limitado a dar dinheiro para que a mãe faça a gestão financeira de todos os contratos do filho.

Infelizmente, em muitos casos, esse pai alijado do convívio adequado com o filho acaba formando nova família, gerando novos filhos e dedicando seu tempo, atenção e até patrimônio apenas em favor da nova prole. O filho do anterior relacionamento fica quase que em um ostracismo paterno, tornando-se uma espécie de semi-órfão, tudo por culpa especialmente do ilegal regime de convivência imposto judicialmente.

Enfim, entendemos que, na guarda compartilhada, em *Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTP)*, a divisão do período de convivência tem de ser, ao máximo, igualitária. Caberá ao juiz, se não tiver havido acordo dos pais em sentido diverso, estabelecer uma divisão de tempo que busque assegurar que cada genitor mantenha um período de convivência similar. Não há necessidade de ser matematicamente 3,5 dias para cada genitor.

Em termos práticos, entendemos ser adequada uma divisão de tempo assim:

- Em uma semana, o pai fica com o filho do final do período escolar de segunda-feira (após o fim da escola, por exemplo) até o início da tarde de sexta-feira. Na semana seguinte, o pai fica apenas do final da tarde de sexta-feira até o

¹⁴ Para aprofundamento, veja este artigo: OLIVEIRA, Carlos E. Elias de Oliveira. **Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos**: uma abordagem crítica. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341301/guarda-compartilhada-regime-de-convivio-e-alimentos>>. Publicado em 5 de março de 2021. Acesso em: 28 ago. 2024.

início do período escolar de segunda-feira. A mãe fica com os demais períodos.

Repetimos: havendo particularidades fáticas do caso concreto, o juiz pode fixar diversamente o regime de guarda, em nome do princípio do melhor interesse. Há, porém, necessidade de fundamentação.

Consideramos, ainda, conveniente que, na hipótese em que não tenha havido acordo prévio dos pais, o juiz deve intimar ambos para se manifestar sobre uma minuta de divisão do período de tempo levando em conta o padrão acima. E, após apurar as razões de ambos, o juiz deve decidir como ficará a divisão do período de convivência, com eventual adaptação às particularidades fáticas suscitadas pelas partes.

Enfim, a diretriz é a divisão ao máximo igualitária do período de tempo entre os genitores.

A diretriz não é a criança morar com um genitor e ser visitado pelo outro. Não é, para lembrar o cantor Renato Russo¹⁵, a melancólica situação cantada na música Pais e Filho: “... *eu moro com a minha mãe, mas meu pai vem me visitar...*”. A diretriz é o filho menor de idade morar com ambos os genitores.

Por fim, cabe alguns esclarecimentos adicionais.

O primeiro é o de que não há problemas em o juiz – se entender conveniente no caso concreto – fixar um *lar de referência*, embora o texto legal não faça essa exigência. A lei apenas prevê a fixação de uma *cidade* como base da moradia com olhos a hipóteses excepcionais de pais que vivem em cidades diferentes (art. 1.583, § 3º, do CC), o que escapa ao que metaforicamente chamamos de *Condições Normais de Temperatura e Pressão* (CNTP)¹⁶.

Nesse sentido, o juiz deve buscar, no caso concreto, identificar qual dos dois lares será o mais adequado para servir de *lar de referência*. Apesar disso, é recomendável que ambos os genitores mantenham, em suas residências, espaços próprios para a acomodação do filho, com pertences adequados para o

¹⁵ Aqui registramos o crédito da metáfora ao professor Hércules Alexandre da Costa Benício.

¹⁶ Art. 1.583, § 3º, do CC: § 3º *Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).*

bem-estar dele. Na prática, o filho menor de idade terá duas casas, ainda que juridicamente uma delas possa ter sido eleita como *lar de referência*.

Pouca utilidade prática haverá nessa escolha de um *lar de referência*, salvo para indicar uma certa preferência em que esse local seja o utilizado para a custódia dos principais pertences do filho menor e para a indicação de endereço para correspondências nas hipóteses de atos jurídicos de responsabilidade comum de ambos os genitores.

A título de reforço com base em Direito Comparado, conforme lembrado pelo Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em resposta às perguntas que geraram as tabelas já citadas, o art. 373-2-9 do Código Civil da França é expresso em admitir que o juiz estabeleça ao filho menor de idade domicílios alternados entre os de ambos os pais¹⁷.

O segundo esclarecimento é de ordem doutrinária. Costuma-se censurar o acima exposto ao argumento de aí se teria uma *guarda alternada*, e não uma *guarda compartilhada*. Com as devidas vênias, parece-nos que a crítica não soa adequada.

Respeitadas acepções diversas por talentosíssimos civilistas, a *guarda alternada* precisa ser definida de modo a se distinguir do conceito *legal* de *guarda compartilhada*. E é preciso lembrar que o confronto aqui é entre tipos de *guardas*, e não de *convivências*: trata-se de *guarda* (e não de convivência) *alternada* em face da *guarda compartilhada*.

Sob esse prisma, a *guarda alternada* deve ser entendida como uma sucessiva e contínua mudança de guarda unilateral entre os genitores em períodos de tempo, como se o “bastão da responsabilidade parental” pulasse

¹⁷ Esta foi a resposta do talentoso civilista paranaense:

A suposição de que a existência de dois lares gera prejuízo às crianças não pode prevalecer de antemão, impedindo a homologação do acordo. Na França, por exemplo, a existência de dois domicílios é prevista no Code Civil ao menos desde 2016:

Article 373-2-9

Modifié par LOI n°2016-297 du 14 mars 2016 – art. 23

En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

das mãos de um genitor para o outro periodicamente (semanalmente, por exemplo). Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, a guarda alternada indicada uma “alternância do poder de decisão”, o que implica “uma sucessão de guardas unilaterais”.¹⁸

Não se confunde, porém, com a *guarda compartilhada*, esta sim escolhida pelo legislador textualmente nos arts. 1.583 e 1.584 do CC. Na guarda compartilhada, o “bastão da responsabilidade parental” segue nas mãos de ambos os genitores. Todavia, o filho conviverá com ambos, em divisão de tempo ao máximo igualitário, de modo a desenvolver-se afetiva e pessoalmente com participação igualitária da cultura, do afeto e da personalidade de ambos os genitores. Divisão ao máximo igualitária do tempo de convivência não é sinônimo de guarda alternada, porque ela também é uma característica da guarda compartilhada.

A propósito, *guarda alternada* não pode ser confundida com *residência alternada*, para nos lembrarmos de distinção feita por Mário Luiz Delgado, que afirma¹⁹:

Impende esclarecer que “guarda alternada” e “residência alternada” são situações completamente distintas, não obstante a “guarda alternada” sempre pressuponha a alternância de residências. A expressão “residência alternada” tem sido utilizada para caracterizar um regime de distribuição igualitária do tempo de convivência “doméstica” dos filhos com os genitores, nos termos previstos no artigo 1.583, parágrafo 2º do CCB, de forma consistente e estável, quer seja semanalmente, no sistema quatro dias vs. três dias alternativamente, quer seja mensalmente, no modelo “mês com o pai”/“mês com a mãe”, ou ainda por qualquer outro período de rodízio previamente estabelecido e cumprido com rigor, mantendo-se, em qualquer hipótese, a estabilidade dos períodos de convivência.

Essa divisão da convivência entre duas residências não se vincula, necessariamente, à modalidade de guarda. Até mesmo na guarda unilateral, que normalmente abrange a custódia física

¹⁸ ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 517.

¹⁹ DELGADO, Mário Luiz. **Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias/>>. Publicado em 23 de dezembro de 2018. Acesso em: 28 ago. 2024.

exclusiva, é possível, em caráter excepcional, tanto aos pais acordarem pela alternância de residências, como ao juiz impor uma repartição mais isonômica do tempo de convivência. Na guarda compartilhada, da mesma forma, é possível a divisão do tempo seguindo o *standart* tradicional de fixação de uma residência exclusiva e, por consequência, maior tempo de convivência com o genitor residente[1]; ou a fixação de duas residências, ou residências alternadas, com divisão isonômica do tempo de convivência.

No Brasil, especialmente após a edição da Lei 13.058/2014, essa subespécie de guarda compartilhada, com duas residências, passou a ser chamada de guarda alternada, o que constitui grave equívoco, repetido de forma irrefletida em inúmeras decisões judiciais e artigos doutrinários, o que só contribui para reforçar o estigma que existe em relação à fixação de duas residências. Aliás, a meu sentir, a expressão “residências alternadas” sequer consegue traduzir com fidelidade esse regime de convivência. A uma, porque propicia confusão terminológica e conceitual com a guarda alternada. A duas, porque as residências, a rigor, não são alternadas, mas simultâneas, concomitantes, de modo que os filhos sintam que possuem duas casas, dois lares, pouco importando em qual quarto eles estejam dormindo naquela noite.

Em suma, o *locus* da convivência dos pais com os filhos, ou o fato de as crianças disporem de um ou de dois quartos de dormida, independe do tipo de guarda, enquanto que a fixação de duas residências não transforma a guarda compartilhada em guarda alternada.

Finalmente, registro minha incompreensão em relação às duras críticas que tal modelo de convivência tem recebido na doutrina e na jurisprudência. Costuma-se repetir, sem qualquer embasamento empírico, que esse regime é prejudicial ao desenvolvimento da criança. Trata-se de um estereótipo bastante sedimentado entre nós e que faz com que pouquíssimas residências simultâneas sejam fixadas pelo Judiciário brasileiro. E pior do que isso, o que assume exponencial gravidade, é a existência de decisões judiciais que se negam a homologar acordos consensuais em que os pais acordaram a divisão de residências. Outrossim, não são poucos os representantes do Ministério Público que interferem de forma

contrária à homologação desses acordos, com base em um clichê, repito, jamais comprovado.

No Brasil não existem pesquisas sobre os efeitos nas crianças, da fixação de duas residências, mesmo porque são raríssimas as decisões de fixação de residências alternadas ou simultâneas. Entretanto, nos diversos países em que realizados esses estudos, os resultados têm se mostrado fortemente favoráveis ao modelo de residências simultâneas.

Em Portugal encontram-se relatos muito consistentes com conclusões inquestionáveis no sentido de um melhor desenvolvimento das crianças, com reflexos na qualidade de vida dos pais. Na Suécia, segundo Malin Bergström, pesquisadora do Instituto Karolinska de Estocolmo, “crianças em residências alternadas têm melhor saúde física e mental”.

Pesquisas feitas na Austrália e Nova Zelândia demonstraram que a maioria dos filhos desejava passar mais tempo com o pai não residente. Uma dessas pesquisas, direcionadas a adolescentes, comprovou que jovens submetidos à guarda unilateral (ou mesmo à guarda compartilhada sem divisão de residências) expressaram mais sentimentos de perda do que aqueles que cresceram em lares de custódia conjunta com divisão igualitária do tempo de convivência.

(...)

Já disse isso em outras ocasiões e reitero: é preciso entender as necessidades das crianças. E parar com essa verdadeira guerra de gêneros (*gender war*) que se esconde por trás das disputas sobre divisão do tempo de convivência na guarda compartilhada. Pai e mãe não se podem portar como ganhadores ou perdedores, pois cada um tem contribuições únicas a fazer ao desenvolvimento e à individualidade de seus filhos. A divisão isonômica do tempo assegura o envolvimento de ambos os pais em importantes aspectos (e verdadeiros rituais) da rotina diária dos filhos, incluindo o “pôr para dormir”, o “acordar”, o “levar e buscar na escola” e tudo o mais de que os pais não residentes ficam privados.

Continuo convencido do entendimento de que a guarda compartilhada, com o exercício conjunto por ambos os pais dos deveres parentais, demanda, inevitavelmente, a custódia física conjunta igualitária, pois a divisão do dever de cuidado exige, cada vez mais, a proximidade daqueles que dividem o exercício dos demais deveres parentais.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira, com razão, afirma que:

O ideal para as crianças e adolescentes de pais separados é que eles convivam o máximo possível com ambos os pais e mantenham rotina semelhante à época em que os pais viviam na mesma casa. A única diferença é que agora os pais têm cada um a sua casa.

Os filhos podem ter duas casas, e isso faz bem a eles. Crianças são adaptáveis e maleáveis e se ajustam a novos horários, desde que não sejam disputadas continuamente e privadas de seus pais. O discurso de que as crianças/adolescentes ficam sem referência, se tiverem duas casas, precisa ser revisto, assim como as mães deveriam deixar de se expressarem que *deixam* o pai ver e conviver com o filho. Ao contrário do discurso psicologizante estabelecido no meio jurídico, e que reforça a supremacia materna, o fato de a criança ter dois lares pode ajudá-la a entender que a separação dos pais tem nada a ver com ela. As crianças são perfeitamente adaptáveis a essa situação, a uma nova rotina de duas casas, e sabem perceber as diferenças de comportamento de cada um dos pais, e isso afasta o medo de exclusão que poderia sentir por um deles. (...) ²⁰

Em igual sentido, Maria Berenice Dias rechaça a tese abstrata e indevida de que esse quadro seria prejudicial, averbando: ²¹

Costuma-se repetir, sem qualquer embasamento empírico, que esse regime [*o de divisão ao máximo igualitária de tempo de convivência do filho com os genitores*] é prejudicial ao desenvolvimento da criança. Trata-se de estereótipo bastante sedimentado e que faz com que pouquíssimas residências simultâneas sejam fixadas pelo Judiciário brasileiro. E pior do que isso, o que assume exponencial gravidade, é a existência de decisões judiciais que se negam a homologar acordos consensuais em que os pais acordaram a divisão de residências. Outrossim, são poucos os representantes do Ministério Público que interferem de forma contrária à homologação desses acordos, com base em um clichê, repito, jamais comprovado.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 415.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 384.

O terceiro esclarecimento é da Psicologia. Na Psicologia Social, de modo simplificado, podemos dizer que há duas visões antagônicas sobre o tema.

De um lado, há a *visão tradicional*, que censura uma divisão de período de tempo ao máximo igualitária entre os genitores, dentro da ideia de que o filho precisa ter um local único de referência.

De outro lado, há a *visão contemporânea*, que é a favor da divisão ao máximo igualitária de tempo entre os genitores pelo fato de que, além de a criança ser mais facilmente adaptável às circunstâncias, o dano causado pelo distanciamento físico e – consequentemente – afetivo de um dos genitores é muito maior do que qualquer transtorno da pluralidade de locais. Sobre essa perspectiva, lembramos o que registramos em anterior artigo:

Apoiamo-nos aqui em estudos empíricos que já foram feitos por psicólogos e juristas, além da experiência adquirida nos Tribunais, na doutrina e no cotidiano. Chamamos a atenção, por exemplo, de artigos do Médico Psiquiatra David Zimerman (2009), da Professora de Psicologia da UERJ Leila Brito (2007), da Professora de Psicologia da Universidade Nove de Julho Camila Miyagui (2018), das Psicólogas Maria Cristina Vianna Goulart e Morgana Valadares Oliveira (2017), da Psicóloga Luciana Lemos (2016), da Psicóloga Natália Tsunemi Negrão em conjunto com a Professora de Psicologia da UFSC Andréia Isabel Giacomozzi (2015), além do artigo da Assistente Social Judiciária aposentada do TJSP Genecy Duarte com as Psicólogas Judiciárias do TJSP Adriana Ferreira, Ana Roberta P. Montanher, Fernanda Mariano e Sandra Felipe (2018).

De fato, um contato com o cotidiano nas varas de Família demonstra que, apesar da insistência legislativa e doutrinária em contrário, a prática em grande parte dos casos continua sendo a mesma: o pai se transforma apenas em um simples “banco”, um “fiscal” e um “esporádico visitante” do filho menor.

Nesses casos – que costuma ser a maioria –, a criança cria maior afinidade afetiva com a babá, com uma amiga da mãe ou com os parentes maternos do que com o próprio pai, pois este sequer é autorizado a ter contato com o filho durante o período em que a mãe está trabalhando.

Aliás, em muitos casos, por conta do fato de a mãe ter de sair para trabalhar durante o dia, a criança acaba tendo uma vida

isolada e fica com pouquíssimo contato com a mãe. Quando ela sai para trabalhar cedo, o filho está dormindo e, quando ela retorna de todas as suas atividades, o pequeno já está na iminência de ir dormir. (...).

(...)

O pior é que, por ordem judicial, o pai sequer pode se aproximar do filho durante esses períodos, pois ele, por ordem judicial, não passa de um “forasteiro visitante” ou de um *Sunday dad* (pai de domingo). Isso tudo ocorre a pretexto da fixação de uma guarda compartilhada, que, apesar do nome, disfarça uma guarda unilateral.

Os traumas daí decorrentes no filho são indelévels, do que dá nota o seguinte relato, coletado pela Professora de Psicologia da UERJ Leila Brito (2007):

De acordo com as estatísticas nacionais, foi grande o percentual dos entrevistados que permaneceu residindo com a mãe após o rompimento conjugal (83,3%). Alguns ressaltaram, inclusive, que a rotina não sofreu alteração, pois continuaram a morar na mesma casa. **Destacaram, em uníssono, o afastamento do pai como a maior consequência da separação, afastamento do qual se ressentiam constantemente, devido ao aspecto emocional, e, por vezes, físico.** “A gente se via esporadicamente por uns 10 ou 15 minutinhos. Um contato muito superficial mesmo. Numa questão de acompanhamento e presença, foi muito insignificante. Classificaria como ruim”, disse uma moça de 28 anos, com pais separados há 17 anos” (S. 5).

A propósito, com a vasta experiência de compor equipe multidisciplinares em processos judiciais, a Assistente Social Judiciária aposentada do TJSP Genecy Duarte e as Psicólogas Judiciárias do TJSP Adriana Ferreira, Ana Roberta P. Montanher, Fernanda Mariano e Sandra Felipe realizaram riquíssimo estudo criticando a prevalência, na prática, de um modelo de exclusão do pai em relação ao filho. O vasto estudo pode ser assim resumido:

A legislação brasileira instituiu mecanismos de estímulo à guarda compartilhada na última década; **contudo, o exercício da guarda unilateral prevalece.** O presente trabalho teve o intuito de analisar estudos empíricos acerca dos possíveis benefícios e prejuízos desta modalidade de guarda, por meio de pesquisa bibliográfica, para maior esclarecimento do tema. A maioria destes estudos mostra

que o contato estreito (de um terço a metade do tempo da criança) com ambos os genitores ao longo do desenvolvimento melhora não somente o bem-estar, o desempenho acadêmico e a saúde física e emocional dos filhos, como também a relação pai-filho. Além da quantidade de tempo, a ocorrência de pernoites também se mostrou relevante, possibilitando maior qualidade na interação. **Evidencia-se a necessidade de superar a hierarquização dos papéis parentais na definição da guarda dos filhos e a noção de que seria nociva a permanência do filho em dois lares em proporções de tempo semelhantes.**

(...)

Nesses casos, a criança conviverá majoritariamente com a mãe, a babá ou os familiares maternos, de modo que o pai e os parentes paternos se transformarão em verdadeiros forasteiros. Os impactos contra a criança são lancinantes, como dá nota o Médico Psiquiatra David Zimerman:

Na guarda única – que, de longe, foi vigente durante décadas –, a guarda dos filhos pequenos ou adolescentes cabia, virtualmente sempre, com o beneplácito jurídico, à figura da mãe, **de modo que o pai ficava resignado a se comportar como uma espécie de visitante dos filhos, quase sempre nos finais de semana, ou a ficar com o papel único de mero provedor das necessidades materiais.** Entre outras desvantagens, acontecia (e ainda acontece na atualidade) que a própria visita do pai obedecia às regras ditadas pela mãe, guardiã, de modo que não era raro que o pai, no dia da visita, tivesse que comunicar por telefone que já estava perto da casa em que o filho morava, e a mãe, diante de uma prévia autorização do juiz, permitia que a criança, acompanhada da babá, viesse até o portão e, não raras vezes, o pai, num determinado horário e espaço de tempo, por meio das grades do portão, falava um pouco com o seu filho ou lhe trazia um presentinho e ... ficava nisso, mesmo que a criança caísse numa intensa crise de choro na despedida.²²

Enfim, há duas visões da Psicologia Social. Entendemos que o legislador perfilhou a *visão contemporânea*, após avaliar as duas visões da Psicologia

²² ZIMMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 104.

Social durante os debates legislativos que geraram as duas Lei da Guarda Compartilhada. Cabe, pois, à doutrina e à jurisprudência acatar essa escolha legislativa, respeitadas, obviamente, particularidades fáticas dos casos concretos.

O último esclarecimento é registrar que há respeitadíssimos doutrinadores a defender posição diferente. Em geral, fazem-no ao argumento de que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente seria incompatível com uma divisão de período de do convivência que, na prática, submetesse o filho menor de idade a dois ambientes diferentes ao longo da semana, prejudicando-lhe a rotina.

Alguns autores já até chegaram, inclusive, a apontar a inconstitucionalidade da imposição de uma divisão igualitária de período de convivência na guarda compartilhada, caso de Eduardo Tomasevicius Filho, que – todavia – acena para a necessidade de observância às particularidades do caso concreto e do respeito à dinâmica de convivência anterior ao final da convivência²³.

Outros autores, embora não invoquem a inconstitucionalidade, entendem que a interpretação da Lei da Guarda Compartilhada tem de ser feita de modo a livrar o filho menor de idade dos transtornos de oscilar entre duas residências.

3 ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA: O REGIME LEGAL

É comum que, nos debates de Direito de Família, muitos interlocutores invoquem sempre a necessidade se analisar o caso concreto para a definição dos alimentos na guarda compartilhada.

²³ TOMASEVICIUS FILHOS, Eduardo. **Inconstitucionalidade da atual guarda compartilhada (Parte 1)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-24/direito-civil-atual-inconstitucionalidade-atual-guarda-compartilhada-parte/>>. Publicado em 24 de abril de 2017; TOMASEVICIUS FILHOS, Eduardo. **Inconstitucionalidade da atual guarda compartilhada (Parte 2)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-01/inconstitucionalidade-atual-guarda-compartilhada-parte/#:~:text=Tal%20como%20se%20encontra%2C%20a,vivem%20sob%20o%20mesmo%20teto>>. Publicado em 1º de maio de 2017. Acesso em: 28 ago. 2024.

Não se nega que, realmente, sempre é preciso examinar os casos concretos para identificar particularidades que possam exigir a flexibilização da regra geral.

Entretanto, isso não significa que inexista uma regra geral. Há sim uma regra geral, que leva em conta um padrão imaginado pelo legislador: metaforicamente, há uma regra geral para *CNTP (condições normais de temperatura e pressão)*.

Após saber a regra geral, podemos refletir sobre as exceções decorrentes das particularidades do caso concreto.

Sob essa ótica, no caso de alimentos em guarda compartilhada, é possível fixar uma regra geral. No já citado artigo²⁴, já externamos nossa posição, que agora reiteramos com aprofundamento.

Antes de expor essa regra, convém dividir as despesas da criança em dois grupos:

- a) *despesas intramuros*: são as relativas às necessidades da criança durante o período de convívio com o respectivo genitor, como as despesas com alimentação e moradia.
- b) *despesas extramuros*: são as relativas às necessidades da criança fora do período de convívio com o respectivo genitor, como as despesas com escola, com academia, com médicos etc.

No regime da guarda compartilhada, ambos os genitores mantêm um regime de corresponsabilidade em relação ao filho. Guarda compartilhada não se restringe à divisão equilibrada do período de convívio. Abrange também o dever de ambos os pais participarem do sustento e do cuidado com o filho, inclusive custeando diretamente *despesas extramuros*.

Por essa razão, entendemos que a *regra geral é a seguinte*: no regime do regime da guarda compartilhada, ambos os pais devem, na proporção da respectiva possibilidade, custear diretamente as despesas intramuros e

²⁴ Para aprofundamento, veja este artigo: OLIVEIRA, Carlos E. Elias de Oliveira. **Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos**: uma abordagem crítica. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341301/guarda-compilhada-regime-de-convio-e-alimentos>>. Publicado em 5 de março de 2021. Acesso em: 28 ago. 2024.

extramuros. A regra, portanto, é a fixação de alimentos *in natura* (também chamado de *regime de cogestão patrimonial* ou de *custeio direto*). É como lembra Paulo Lôbo, *in verbis*:

*A guarda compartilhada supõe o compartilhamento das despesas com os filhos, para sua criação, assistência material e educação. (...) No lugar de pensão alimentícia, em sentido estrito, há o dever de assistência material compartilhada, segundo o que os pais acordarem ou o que o juiz fixar. Com o advento da Lei n. 13.058, de 2014, o dever de pensão alimentícia ficou mais apropriado à guarda unilateral.*²⁵

Essa regra só deve ser afastada em quatro casos principais.

O primeiro caso é a existência de acordo. O juiz sempre deve prestigiar a solução consensual. Se ambos os pais consentem em um determinado regime de custeio ou de alimentos, o juiz deve prestigiar essa solução, salvo manifesta contrariedade ao melhor interesse do filho menor de idade.

O segundo caso é o desinteresse, a recusa, a inaptidão ou a inadimplência sistemática de um dos genitores em promover o adequado *custeio direto* das despesas. Pense, por exemplo, em um pai que não quer pagar diretamente a escola do filho ou que viva a atrasar o pagamento da mensalidade escolar.

Nessa situação, esse genitor desinteressado, irresponsável ou inapto deverá pagar alimentos pecuniários para o custeio de todas as *despesas extramuros*, sob a gestão operacional do outro genitor.

Nesse caso, no valor dos alimentos pecuniários, entendemos que *deve ser levado em conta um valor adicional* como forma de remunerar o genitor que está exercendo a guarda unilateral, em prestígio ao que se conhece sobre Economia do Cuidado, conforme tratamos em outro artigo²⁶.

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: volume 5: Famílias. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 199.

²⁶ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Economia do Cuidado e Direito de Família**: alimentos, guarda, regime de bens, curatela e cuidados voluntários. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2024 (Texto para Discussão nº 329). Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 7 maio 2024.

Quanto às despesas intramuros, cada genitor seguirá custeando-as *in natura* em relação aos respectivos períodos de convivência, salvo na situação excepcional que exporemos a seguir.

O terceiro caso principal em que se deverá afastar a regra geral dos alimentos *in natura* é na hipótese de um dos genitores não ter condições para custear total ou parcialmente as próprias *despesas intramuros*. Nessa hipótese, o caso é de separar as despesas.

A quarta exceção é quando a divisão do período de convivência ficar significativamente desigual por conta de alguma particularidade do caso concreto. Nesse caso, deve-se, antes de tudo, promover uma compensação econômica: o genitor com menor tempo de convivência deve assumir o custeio direto de mais *despesas extramuros* em compensação com o aumento das *despesas intramuros* custeadas pelo outro genitor. Não sendo isso suficiente para equilibrar a balança, o genitor tem de, em complemento, arcar com alimentos pecuniários. Paulo Lôbo, com razão, afirma: “No sistema de guarda compartilhada, o genitor deve contribuir mais com o outro em cuja residência o filho tem a moradia principal”²⁷.

Reiteramos aqui nosso entendimento de que o genitor que ficou com maior período de convivência tem direito a receber uma prestação adicional como compensação pelo *trabalho de cuidado* exercido, prestação essa que deve ser maior se inexistir a contratação de profissionais de cuidado para assumir esses trabalhos. Trata-se de medida de justiça, em reconhecimento à Economia do Cuidado, conforme já aprofundamos em outro artigo²⁸.

Em relação às *despesas intramuros*, o genitor mais próspero deverá custear diretamente as relativas ao seu período de convívio e deverá pagar alimentos pecuniários para viabilizar o custeio, pelo outro genitor, das respectivas despesas intramuros.

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: volume 5: Famílias. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 199.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Economia do Cuidado e Direito de Família**: alimentos, guarda, regime de bens, curatela e cuidados voluntários. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2024 (Texto para Discussão nº 329). Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 7 maio 2024.

Em relação às *despesas extramuros*, o genitor mais próspero deverá custear diretamente essas despesas.

Como se vê, os *alimentos pecuniários* serão devidos quando o genitor mais vulnerável financeiramente não dispuser de capacidade financeira para, sequer, custear as *despesas intramuros* total ou parcialmente.

Enfim, essa é a regra geral e as exceções principais relativamente aos alimentos e ao dever de custeio no regime da guarda compartilhada.

É claro que os juízes teriam mais trabalho ao elaborar sentenças nessa linha, pois teriam de indicar as despesas extramuros que deveriam ser custeadas, *in natura*, por cada genitor. Nada impede, porém, que o juiz seja mais genérico nessa atribuição, até mesmo para contemplar novas despesas extramuros que venham a surgir.

Por exemplo, o juiz pode estabelecer que o pai terá de custear as despesas extramuros de escola, de cursos extracurriculares de idiomas e de planos de saúde, ao passo que a mãe custearia as demais despesas extramuros, como material escolar e roupas etc. Devem-se evitar situações de um genitor ter de reembolsar o outro em razão da conveniência de prevenir conflitos. Em outras palavras, devem-se evitar a necessidade de comunicação entre os genitores para busca de reembolsos, salvo se identificado clima de amistosidade entre eles.

É conveniente que o juiz, ao minutar a repartição dos deveres de custeio das despesas, ouça os genitores e, em seguida, avalie a necessidade de eventual ajuste a ser consolidado na sentença. A ideia é buscar a melhor forma de distribuição das despesas *extramuros* entre os genitores, evitando a necessidade de comunicação entre eles para obter reembolsos.

Evidentemente, se, após fixar o regime de custeio nos termos do figurino legal, for verificado que qualquer dos genitores sistematicamente descumpra seus deveres ou cria desnecessários obstáculos, a hipótese será de modificar os termos desse regime. Afinal de contas, ter-se-á aí uma situação de “inadimplência”, a caracterizar uma das exceções que justificam a fixação de alimentos pecuniários.

Esse é o cenário legal quanto aos *alimentos* na guarda compartilhada. Desse modo, se não tiver havido nenhum acordo dos genitores, esse quadro legal tem de ser observado. Não importa quem veio a propor, em primeiro lugar, uma a ação judicial de alimentos.

De fato, o processo de divórcio e partilha não pode ser terreno de gangsterismo processual. Não é “briga de rua”, em que quem agride em primeiro lugar tem vantagem.

Infelizmente, a jurisprudência, ainda que involuntariamente, tem levado a isso. Na prática, se um dos cônjuges (ainda que representando o filho) se apressa a propor a ação de guarda e de alimentos, ele leva vantagem, porque o juiz tende a fixar alimentos pecuniários em sede de liminar, a determinar a saída do réu do lar e a fixar um período tímido de convivência com o filho menor de idade.

Já passamos do momento de reintegrar a prática forense ao figurino legal desenhado pelas duas Leis de Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008 e Lei nº 13.048/2015). A propósito, lembramos que a segunda Lei da Guarda Compartilhada sobreveio para ratificar a primeira, em uma redundância legislativa motivada por um único motivo: censurar o “boicote hermenêutico”²⁹ que se verificava com a prática forense de fixar uma guarda unilateral envelopada como “guarda compartilhada”.

Cabem alguns esclarecimentos adicionais.

O primeiro é quanto ao endereço a ser dado para correspondências em relação aos atos jurídicos relativos aos filhos. A ideia é que cada genitor forneça o próprio endereço relativamente às despesas *extramuros* e *intramuros* que lhe competir. Para outras situações, o endereço deverá ser o do *lar de referência*.

O segundo esclarecimento é o de que os pais têm de dever de informação em relação ao outro. Caso haja resistência dele em fornecer essas informações de um modo respeitoso pelo canal de comunicação mais razoável no caso

²⁹ Sobre o *boicote hermenêutico*, reportamo-nos ao artigo intitulado *Entendendo a formação das leis: A interação entre os Três Poderes, o “boicote hermenêutico” e o “justiçamento de transição”*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/373787/entendendo-a-formacao-das-leis>>. Publicado em 21 de setembro de 2022. Acesso em: 28 ago. 2024.

concreto (ex.: por conversas de *whatsapp*), poder-se-á considerar configura uma hipótese de *inadimplência sistemática* desse genitor, a recomendar a adoção excepcional da sistemática de alimentos pecuniários.

O terceiro esclarecimento é de ordem tributária, como oportunamente lembrado pelo professor Hércules Alexandre da Costa Benício em conversa com este autor. Para efeito de imposto de renda, a regra é a de que o filho não pode figurar como *dependente* de ambos os genitores, mas apenas de um deles. Por isso, é conveniente que o juiz, na sentença, já indique o genitor que teria direito a esse benefício tributário, o que pode ser feito levando em conta eventual compensação econômica dele ao assumir o custeio de mais despesas do filho. Eventualmente, por conta dessa questão tributária, os próprios genitores preferirão a fixação de alimentos pecuniários, dada a possibilidade de dedução do valor pago a título de alimentos na Declaração de Imposto de Renda. O fato é que, não havendo acordo entre as partes, o juiz deverá seguir a regra geral e indicar o genitor que poderá valer-se do benefício tributário, com eventual contrapartida mediante a assunção de despesas adicionais do filho.

4 CONCLUSÃO

É comum que, nos debates de Direito de Família, muitos interlocutores discutam qual é, na prática, a efetiva consequência de terem sido editadas duas Leis de Guarda Compartilhada, a segunda para reforçar a primeira.

Em casos de genitores que não coabitam, controverte-se como deverá ser feita a divisão do período de convivência e de custeio entre eles.

No artigo, apontamos as correntes existentes, com indicação dos civilistas correspondentes.

Entendemos que, no ambiente do Direito de Família, a melhor solução é a que decorra de acordos dos genitores. Por isso, se os genitores acordarem diversamente da regra geral acima, o juiz tem de prestigiar essa solução consensual, salvo se for manifestamente prejudicial ao filho menor de idade.

Não havendo esse acordo, devem-se observar as regras gerais indicadas neste texto.

Por imperativos de sistematização, resumimos, em tópicos as ideias deste texto:

1. O artigo discute como deve ser a divisão do período de convivência e o dever de sustento no caso de guarda compartilhada de filho menor de idade, levando em conta um caso *standard*, sem particularidades fáticas, para servir de diretriz.
2. Pense, por exemplo, em dois genitores, que moram em locais próximos, que possuem condições econômicas e pessoais muito similares, que possuem a mesma rotina de trabalho e que querem manter o máximo de convívio com o filho menor de idade, mas que não chegam a um acordo. Como o juiz tem de disciplinar o período de convivência e o dever de sustento do filho?
3. Consultamos 64 civilistas para identificar a inclinação doutrinária de cada um, e o resultado foi este:

a) *Período de convivência: 62,5% são pela divisão ao máximo igualitária; 18,75 % pela prevalência do tempo de convívio com apenas um dos genitores (cerca de um quarto destes entendem que só pode haver pernoites em finais de semana ou feriados com o outro genitor); o restante (18,75%) não se encaixa em nenhuma das outras opções.*

b) *Dever de custeio: 73,44% são pelo custeio direto (alimentos in natura); 10,94% são pela prevalência de alimentos pecuniários; o restante (15,63%) não se encaixa em nenhuma das outras opções.*

4. À luz do caso *standard*, entendemos que:

- 4.1. Os juízes têm de homologar acordos de divisão de período de convivência e de custeio, salvo situações excepcionais de manifesta violação ao melhor interesse do filho menor de idade.
- 4.2. Quando não há acordo, a divisão do período de convivência deve ser ao máximo igualitária. O padrão – que pode ser afastado a depender das particularidades do caso concreto – deve ser este:

Em uma semana, o pai fica com o filho desde o final do período escolar de segunda-feira até o início período escolar de sexta-feira. Na semana seguinte, o pai fica apenas do final da tarde de sexta-feira até o início do período escolar de segunda-feira. A mãe fica com os demais períodos.

- 4.3. Quanto ao dever de custeio, a regra é o custeio direto: cada genitor custeia as respectivas despesas intramuros e, na proporção de sua capacidade econômica, divide o custeio direto das despesas extramuros. Há 4 principais exceções, que atrairá o dever de pagamento de alimentos pecuniários: (a) acordo dos genitores; (b) desinteresse, recusa, inaptidão ou inadimplência sistemática de um dos genitores; (c) incapacidade econômica de um dos genitores em arcar com as respectivas despesas intramuros; e (d) significativo desnível na divisão do período de convivência por conta de alguma particularidade do caso concreto.
- 4.4. Em respeito à *Economia do Cuidado*, entendemos devido o pagamento de prestação compensatória ao genitor que tiver concentrado a maior parte dos

trabalhos de cuidado do filho menor. Aprofundamos o assunto da *Economia do Cuidado* no Direito de Família em outro artigo³⁰.

- 4.5. É de refletir-se sobre a conveniência de o legislador ser mais detalhista ainda no tratamento da matéria.

³⁰ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Economia do Cuidado e Direito de Família:** alimentos, guarda, regime de bens, curatela e cuidados voluntários. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2024 (Texto para Discussão nº 329). Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 7 maio 2024.