



Fernando Pinto: O que realmente muda na guarda compartilhada

O Projeto de Lei 1009/2011, convertido no PLC 117/2013 — conhecido como Projeto de Lei da *Guarda Compartilhada* —, vem sendo apresentado equivocadamente como criador da “guarda compartilhada” no direito brasileiro, e está gerando falsas expectativas de que algo substancial irá mudar em relação ao tratamento judicial do relacionamento entre pais/mães e filhos.

Contudo, sem necessidade das alterações do PLC 117/2013, já é vigente que os “pais” e/ou as “mães” são os titulares natos e exercem em igualdade de condições sobre a prole comum o chamado “*Poder Familiar*” (antigamente denominado “pátrio poder”), independe de quem exerça a *guarda*, pois esta última significa apenas a *posse de fato* dos incapazes, e deve ser preferencialmente *compartilhada* “*sempre que possível*”, ou seja, sempre que assim se mostrar condizente com os superiores interesses das crianças e adolescentes.

É o que já decorre do Código Civil de 2002, especialmente após a redação dada pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, conforme ora se comprova:

- a) "*a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos*" (artigo 1.632);
- b) "*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*" (artigo 1.636);
- c) "*o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo*" (artigo 1.579).

E para que não paire qualquer dúvida, o artigo 1.584 do Código Civil, com a redação da mencionada Lei 11.698/2008, dispõe expressamente:

"A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Parágrafo primeiro — Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Parágrafo segundo — Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Parágrafo terceiro – Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

Parágrafo quarto – A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula



de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Parágrafo quinto – Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade".

Em sentido análogo dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever: a) "A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros" (artigo 33, parágrafo 1º); b) "nos casos do parágrafo quarto deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no artigo 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil" (artigo 42, parágrafo 5º).

Acrescenta-se que, sempre que possível, o menor "*deve ter sua opinião devidamente considerada*", livre de pressões e influências das partes e eventuais interessados, "*respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida*" (artigos 2º, 15, 16, incisos I e II, 28, parágrafos 1º e 2º, e 83, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Também não diverge dessa linha a Lei da Alienação Parental, ao dispor: a) "*Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar*" (artigo 6º); b) "*A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada*" (artigo 7º).

O PLC 117/2013, declaradamente pretendendo "*estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação*", promove indevida confusão entre "*Poder Familiar*" e "*Guarda*". Pior que isso, tal PLC 117/2013, substituindo a expressão "*sempre que possível*", pela expressão "*encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar*", aparentemente desloca o foco dos interesses dos incapazes, para dar prevalência aos interesses dos pais.

A verdade é que o PLC 117/2013 objetiva apenas enfatizar a preferência do legislador à *guarda compartilhada*, em razão da visão — baseada em questionável pesquisa, tanto pelos dados, quanto principalmente pela desconsideração dos fundamentos casos concretos — de que o Poder Judiciário supostamente estaria sendo comedido (6% dos [casos analisados](#) na aplicação da guarda compartilhada).



De qualquer forma, decorre do próprio PLC 117/2013 — analisado no seu conjunto —, que permanecem prevalecendo os superiores interesses dos incapazes quanto à atribuição da guarda dos mesmos, pois: a) é mantida a possibilidade de se deferir a guarda a terceira pessoa — até diversa do(a)s próprios pais/mães — *"que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade"* (artigo 1.584, parágrafo 5º); b) reafirma que *"compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar"* (artigo 1.634, "caput"); c) prevê que *"a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos"* (artigo 1.583, parágrafo 3º); d) excepciona a regra da prévia oitiva da parte contrária, antes de "liminar de guarda", *"se a proteção aos interesses dos filhos exigir"* (artigo 1.585, "caput").

Quanto a este último aspecto, pouco inovou o PLC 117/2013, quando a prevê que, *"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"* (artigo 1.585, "caput").

Nesse tema, o único mérito do projeto é trasladar explicitamente ao instituto da *antecipação dos efeitos da tutela* — verdadeira natureza processual da atribuição liminar de guarda —, o que já prevê o artigo 797 do Código de Processo Civil: *"só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes"*.

O PLC 117/2013, ainda, não traz qualquer novidade, quando prevê que o genitor sem a guarda deve *"supervisionar os interesses dos filhos"*, assim como pode *"solicitar informações (...) objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos"*, e ainda exigir *"informações"* acerca dos filhos, de *"qualquer estabelecimento público ou privado"* (artigo 1.583, parágrafo 5º, e artigo 1.584, parágrafo 6º).

Isso porque todos esses deveres/direitos — como acima constatado — podem ser exercitados, exigidos e requeridos com base no "Poder Familiar".

Restam analisar as verdadeiras novidades do PLC 117/2013, iniciando-se pela previsão de multa de R\$ 200 a R\$ 500, contra o estabelecimento público ou privado que não atender à solicitação de informações de pais e/ou mães sobre filhos (artigo 1.584, parágrafo 6º).

O legislador teria sido mais feliz e resguardado melhor os pais/mães se tivesse substituído a restritiva expressão *"estabelecimento público ou privado"*, por *pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado*. E seria bem mais efetivo se não taxasse o mínimo e o máximo da multa, permitindo que esta fosse dosada em cada caso concreto, proporcionalmente ao poder econômico do *"estabelecimento"* destinatário, e evitando que ela se deteriore com o tempo, frente ao fenômeno inflacionário.

Também prevê o PLC 117/2013 a possibilidade de o genitor que não detém a guarda *"solicitar"* *"(...) 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"*



" (artigo 1.583, parágrafo 5º).

Nesse tema — a par do adjetivo “*subjetivas*”, de difícil compreensão —, o legislador explicitamente pretende modificar a jurisprudência largamente majoritária do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *"aquele que presta alimentos não detém interesse processual para ajuizar ação de prestação de contas em face da mãe da alimentada, porquanto ausente a utilidade do provimento jurisdicional invocado, notadamente porque quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante, estarão cobertos pelo manto do princípio da irrepitibilidade dos alimentos já pagos"* (STJ. Resp 985.061/DF, Rel. ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 20/05/2008, DJe 16/06/2008).

Mas se enfatiza que *"o reconhecimento da má utilização das quantias pelo genitor detentor da guarda não culminará em qualquer vantagem ao autor da ação, ante o caráter de irrepitibilidade dos alimentos, e, ainda, em face de a obrigação alimentar, e seus respectivos valores, restarem definidos por provimento jurisdicional que somente pode ser revisto através dos meios processuais destinados a essa finalidade"* (STJ. Resp 970.147/SP, Rel. ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 16/10/2012).

Tal disposição terá pouca utilidade — ao menos prática —, pois nada adianta prever genericamente direito de *prestação de contas*, ignorando que alimentos prestados são irrepitíveis, e sem modificar os objetivos da própria ação de prestação de contas, prevista no Código de Processo Civil.

Isso não significa ausência de mecanismos jurídico-processuais adequados à solução de malversação de recursos destinados às crianças e adolescentes.

Com efeito, se os alimentos estão sendo prestados em valor maior que o necessário, pode ser o caso de se movimentar a ação revisional alimentar. E se o genitor gerenciador dos alimentos estiver desviando o necessário ao sustento e educação do filho para outras finalidades, podem ser aplicadas medidas até mais severas, como, por exemplo, a modificação da guarda e/ou do regime de visitas, e em casos mais graves — apropriação indébita e/ou abandono de incapaz —, até a suspensão ou perda do poder familiar.

Resta analisar o que pretende o PLC 117/2013, ao mencionar a *"base de moradia dos filhos"* (artigo 1.583, parágrafo 2º), bem como ao introduzir ao poder parental em relação aos filhos, a prerrogativa de se deferir ou negar *"consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município"* (artigo 1.634, inciso V).

A Constituição Federal dispõe que *"é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens"* (artigo 5º, inciso XV).

O Código Civil de 2002 prevê que: a) *"o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo"* (artigo 70); b) *"se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas"* (artigo 71); c) *"muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar. Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem"*



" (artigo 74).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que: a) "*considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*" (artigo 2º); b) "*nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsáveis, sem expressa autorização judicial*" (artigo 83).

E a Lei da Alienação Parental dispõe que "*são formas exemplificativas de alienação parental (...) V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; (...) VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós*" (artigo 2º).

Logo, é garantida a qualquer pessoa, desde a adolescência (12 a 17 anos), a livre locomoção em todo território nacional — e por isso, por exemplo, a dificuldade de condução coercitiva de adolescentes em estado de vulnerabilidade (uso de drogas, abandono nas ruas etc.), mesmo para a própria proteção dos mesmos.

O PLC 117/2013, então, restringiu o direito de ir e vir dos adolescentes, subordinando-o à autorização dos pais — e poderia ter ido mais longe, permitindo que, mediante crivo e fiscalização judicial, restrição semelhante fosse criada em casos de prova de estado de vulnerabilidade e/ou abandono de criança e adolescente.

O importante é salientar que, em decorrência da interpretação sistemática de todos os dispositivos acima conjugados, a pessoa eventualmente detentora da guarda unilateral não está peremptoriamente proibida de mudar seu domicílio para outra cidade/comarca com os menores, se tal mudança for satisfatoriamente justificada (oportunidade de emprego; proximidade com local de tratamento, em caso de doença grave etc.).

Somente deve ser repelida — se necessário até com a inversão da guarda — a mudança de domicílio injustificada e/ou com objetivo de prejudicar o contato do filho comum com o genitor que não possui a guarda, com familiares deste e/ou com os avós.

Date Created

23/12/2014