

## A Nova Lei da Guarda Compartilhada

**MONICA GUAZZELLI**  
*Advogada*

**RESUMO:** Este artigo pretende estudar o novo Projeto de Lei (PLC 117/2013) que visa alterar a lei sobre guarda no sistema jurídico brasileiro. Analisaremos a questão de forma objetiva e crítica, visando dar um panorama do projeto ainda em discussão no Congresso Nacional, comparativamente à lei vigente. Partindo da análise da lei atual e sua aplicabilidade real, trataremos do tema, tentando ver os diferentes aspectos envolvidos e as dificuldades pontuais que, desde já, se vislumbram, no caso de ser dito projeto aprovado.

### I – A proposta<sup>1</sup>

Tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 117/2013<sup>2</sup>, que determina a guarda conjunta ao final do relacionamento dos pais, pretendendo alterar os artigos referentes à matéria no Código Civil, seu conceito e sua aplicabilidade.

A lei anterior de guarda compartilhada é relativamente jovem na nossa legislação<sup>3</sup>, pois foi promulgada em junho de 2008 e se percebe que, embora conste, desde então, a hipótese de guarda compartilhada no Código Civil, a sua aplicabilidade não foi eficaz.

Mesmo que dita lei tenha sido bastante clara, afirmando que, *“quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”*, raríssimas foram as decisões que determinaram a guarda conjunta quando havia dissenso entre os pais.

---

<sup>1</sup> NOTA DO EDITOR: O projeto foi aprovado, dando origem à Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, data posterior à submissão deste artigo pela autora. O conteúdo final do projeto aprovado manteve-se substancialmente, de modo que não prejudica a análise empreendida no texto.

<sup>2</sup> O projeto consta, na íntegra, no final deste texto.

<sup>3</sup> Lei 11.698, de junho de 2013, alterando a redação do art. 1584 do Código Civil.

Na prática, a grande maioria dos juízes das Varas de Família, na ocorrência de discórdia entre os genitores, acabou mantendo a fixação de guarda unilateral. A justificativa principal dos magistrados era a necessidade de um “bom relacionamento” entre os pais para que fosse possível o exercício conjunto da guarda. As decisões, majoritariamente, foram no sentido de que, para a instituição da **guarda compartilhada**, se mostra necessária a existência de consenso entre os genitores.<sup>4</sup>

Dessa forma, como no dispositivo legal consta “*sempre que possível*”, essa expressão acabou se tornando a via eleita para a não aplicabilidade da guarda compartilhada. Contudo, como já mencionou Amaral,<sup>5</sup> “*por óbvio que o ‘sempre que possível’ não se refere a ausência de acordo ou consenso entre pai e mãe, já que, segundo o próprio texto da Lei, a guarda compartilhada deverá ser aplicada – decretada pelo juiz – exatamente nestes casos.*”

O que se pôde constatar é que, na prática, muito embora a Lei de 2008 tenha introduzido, no sistema jurídico, a guarda compartilhada, os casos submetidos ao crivo de uma decisão judicial, acabaram gerando o deferimento de uma decisão fixando guarda unilateral, na imensa maioria das vezes, atribuindo a guarda à mãe.

Essa compreensão jurisprudencial segundo a qual, ante o dissenso dos pais, a guarda deveria ser estabelecida como unilateral, acabou sendo desconstruída pelo voto emblemático da Min. Nancy Andrighi, de setembro de 2011<sup>6</sup>, no qual se vislumbra claramente a posição contrária a esse entendimento, no sentido de adotar-se o compartilhamento em casos de ausência de consenso entre os genitores, como forma de melhor proteger os filhos.

Consta na Ementa:

*"A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem, deles, reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus*

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, alguns exemplos de julgados do TJRS: Agravo de Instrumento nº70059494336; Apelação Cível nº70060184611; Agravo de Instrumento nº70058925074;

<sup>5</sup> AMARAL, Paulo André, Guarda Compartilhada, Igualdade de Gênero e Justiça no Brasil – uma Análise das Interpretações da Lei, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 32, p. 42.

<sup>6</sup> STJ, RESP. 1.251.000/MG (2011/0084897-5).

*filhos possam usufruir, durante a sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial".*

*"Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência do consenso".*

*"A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para proteção da prole."*

A magistrada, em seu voto, bem esclarece que é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que aponta para a adoção da guarda compartilhada como regra.

A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. Na verdade, exigir-se o consenso dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor.

Agora, o novo Projeto de Lei volta ao tema, impondo a guarda compartilhada como regra geral, em oposição à regra de fixar-se a guarda como unilateral.

## **II - Sobre o conceito de Guarda Compartilhada**

Para que seja possível tratar da matéria proposta, é preciso conceituar guarda compartilhada. Guarda significa vigilância, defesa, proteção, zelo, e o direito indica que essa função pode ser desdobrada sob o ponto de vista fático (físico) e jurídico.

Cumprido, desde logo, afastar do conceito a ideia de guarda alternada, muitas vezes, ainda confundida com aquela. Na guarda alternada, os pais terão a guarda (fática e jurídica) da criança/adolescente alternadamente, isto é, o filho fica sob a custódia de um dos pais por determinado período e depois sob a custódia do outro, o que representa uma

guarda exclusiva, mas alternada. Essa possibilidade é deveras criticada, por não dar uma solidez maior à formação da criança que poderia ficar confusa com essa alternância, sobretudo, imaginando-se a provável alternância de rotinas e costumes de cada uma das entidades familiares.

Na compartilhada, a guarda jurídica é de ambos os genitores, podendo a guarda física ser alternada. Todavia, isso não significa que a criança terá de residir com um e com o outro genitor, podendo morar apenas com um deles, onde será sua residência habitual, mas convivendo com o outro de forma ampla e mais assídua que o “direito de visitas” geralmente estabelece.

Aliás, fazendo breve digressão, essa terminologia “direito de visitas” está em franca decadência, sendo muito melhor designada por períodos de convivência. Muito criticado, com razão, esse vocábulo, pois, como bem afirma a pedagoga Maristela Barcelos Castro, *“visitar é uma condição de quem não convive, não vive, não está sempre presente, nem de corpo, nem de alma, e, ao menos, é responsável. Dar o direito à visita ao próprio filho é dar a sentença e o limite do envolvimento que se deve ter com ele.”*<sup>7</sup> A autora traz, como reflexão, a importância que devemos dar aos vocábulos, citando Miguel Reale, que orienta a sempre *“dedicar atenção ao sentido das palavras; elas não surgem por acaso, mas (...) guardam muitas vezes o segredo de seus significados.”*

Outrossim, importante registrar que o estabelecimento da guarda compartilhada também não implica a ausência de fixação de alimentos, a qual pode, sim, ser necessária e esta se justifica no binômio alimentar, e não na detenção de guarda unilateral.

Como já se definiu, “a guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”.<sup>8</sup> E, ainda: “A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da

---

<sup>7</sup> CASTRO, Maristela Barcelos, Guarda Unilateral e Direito à Visita: Nomenclatura da Exclusão, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões n. 32. p. 79, Belo Horizonte: IBDFAM, fev./mar. 2013.

<sup>8</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada - Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental, 2. ed. rev. atual e ampliada – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 126 e p.164

criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas (...).<sup>9</sup>

Assim, guarda compartilhada é a organização estabelecida após a separação dos genitores, no zelo e proteção da prole comum, na qual ambos detêm integralmente a guarda jurídica, devendo ser estabelecida a forma de convívio do filho com um e outro, garantindo aos genitores proximidade física, divisão dos encargos no exercício da guarda e, ainda, a participação equitativa de pai e mãe na tomada de decisões relativas ao menor.

### III - Princípios Jurídicos e algumas reflexões

Há, basicamente, três princípios constitucionais que informam o tema ora abordado. Um deles é o da igualdade de gênero (art.5º, inciso I, da Constituição Federal), também o da igualdade entre cônjuges (art.226, §5º, da CF) e o outro diz com o melhor interesse e proteção integral da criança, que decorre do princípio da dignidade humana, centro do nosso ordenamento jurídico atual e, nas palavras de Paulo Lôbo, “...os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei.”<sup>10</sup> Esses três, pois, são os pilares básicos que traçam a diretriz da nova norma que impõe a guarda compartilhada como regra.

Como bem ressaltado pelo grande mestre Luiz Edson Fachin, uma das hipóteses em que o Estado deverá intervir na relação familiar diz com a tutela das crianças e dos adolescentes, os quais, “*não obstante a sua já conhecida vulnerabilidade fática, têm ainda, amplo reconhecimento jurídico dessa condição*”, o que permite a intervenção estatal com o escopo de “*proteger os direitos de uma pessoa ainda em desenvolvimento psicológica e fisicamente.*”<sup>11</sup>

Dessa feita, a lei que determina ser a regra a adoção da guarda compartilhada, em vez da guarda unilateral, vem ao encontro dos

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo. Relações de Família e Direitos Fundamentais, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v.2, (mar./abr.) p. 9, Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

<sup>11</sup> FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática. In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 23, (ago./set.), p.5, Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

princípios constitucionais e, especialmente, pelo menos em tese, tende a assegurar uma melhor proteção aos filhos menores, porque possibilita a participação ativa de ambos os genitores na sua formação e, por outro lado, atende à igualdade de gêneros e à igualdade entre os pais. Consoante Lôbo, "o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin, como 'critério significativo na decisão e na aplicação da lei', tutelando-se os filhos como seres prioritários". O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, deixando de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos!"<sup>12</sup>

Uma reflexão refere-se à necessidade, ou não, de uma nova legislação acerca da matéria. Como se vê, a lei vigente (art. 1.584 do CC) já traz a possibilidade de instituir-se tanto a guarda compartilhada como a unilateral e, consoante o texto legal, já consta expresso que, em não havendo acordo entre os genitores, deveria prevalecer a primeira. Vale dizer que a lei vigente já consagra os princípios constitucionais que informam o tema e, caso tivesse ocorrido uma efetiva aplicação da regra do respectivo artigo da lei, não se faria necessária outra lei sobre o mesmo tema...

Com efeito, importante salientar que a guarda não pode ser confundida o poder familiar (na legislação antiga denominava-se *pátrio poder*). Diferentemente do que ocorre em alguns países estrangeiros, o exercício da autoridade parental no sistema jurídico brasileiro não fica adstrito a quem possui a guarda (custódia) dos filhos (art.1632, CC). Portanto, o genitor não-guardião não perde – ou não deveria perder – o direito-dever de ingerência na vida do filho, devendo ser igualmente responsável por sua criação e educação.

Em vista disso, seria até mesmo desnecessária legislação sobre guarda compartilhada, ante o conteúdo da autoridade parental em si, pois pouco importaria a definição da guarda, se ambos os pais já são os co-detentores do poder parental<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: Direito de família e o novo código civil. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 179-180.

<sup>13</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A (des)necessidade da Guarda Compartilhada ante o conteúdo da Autoridade Parental*. In COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (coords.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009.

A jurisprudência brasileira, embora ainda reticente em fixar o compartilhamento ante o dissenso dos genitores, estaria, como se viu através do voto da Min. Nancy Andrighi, desde 2008 para cá, gradualmente se transmudando para aceitar e aplicar o compartilhamento como regra.

Nessa perspectiva, não haveria a necessidade de uma nova lei; porém, o novo projeto tem valor, na medida em que vem para ratificar a evolução da compreensão e da aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada.

O princípio do melhor interesse da criança, pois, serve de norte para as relações que envolvam os filhos e importa na intervenção do Estado e na criação de regras em todas as questões que tratem dos menores visando, justamente, a sua proteção integral. Destarte, a guarda compartilhada, como regra geral, é o modelo legal ideal e o mais aconselhável, por permitir ao filho, pelo menos em tese, a continuidade da presença de ambos os pais no cotidiano, na rotina de sua vida, dividindo e partilhando as responsabilidades de sua criação.

Contudo, sempre é bom lembrar que, no direito, especialmente no direito de família, o caso concreto com suas peculiaridades é que vai apontar qual será, para aquela determinada circunstância, a melhor solução e, sem dúvida, nem sempre esta será a guarda compartilhada. Isso não invalida a compreensão de que o compartilhamento se mostra como sendo o modelo ideal; aliás, ideal mesmo seria a fixação da guarda compartilhada a pais que, embora constituam um ex-casal, consigam se inter-relacionar de forma saudável, em função das necessidades da prole comum.

Como o que se pretende é a mais ampla proteção da criança, o modelo de guarda compartilhada, preservando a presença isonômica de ambos os pais na vida da prole, é o que melhor atende a esse primado.

Com efeito, a ideia que deverá prevalecer, caso seja aprovado o referido projeto de lei, é que, mesmo que os pais possuam divergências, eles terão de aprender a superá-las em benefício da prole. Volta-se a se fazer referência ao voto da Min. Nancy Andrighi a fim de acrescentar que, *“para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções - porque novo o problema -, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem dêem a um dos genitores – normalmente à mãe, in casu ao pai, poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.”*

Outrossim, é preciso compreender, também, que, não necessariamente, as divergências entre os genitores importam em malefício ao filho! As discordâncias, além de não serem elementos que inviabilizam a guarda conjunta, podem ser boas até porque diferenças e antagonismos de posições e opiniões podem ser construtivos na formação da criança/adolescente. E sempre tendo presente que, caso não se consiga superar uma determinada discórdia, o Poder Judiciário poderá ser acionado, como prevê a legislação (art.1631 do CC) .

Ademais, sabidamente, o universo da criança e seu desenvolvimento serão mais ricos se ela tiver oportunidade de conviver e vivenciar a dupla parentalidade.

Nesse sentido, além de desfrutar o convívio com ambos os gêneros (masculino e feminino), o que potencializa o crescimento e a socialização da criança, caso existam influências contraditórias e até mesmo antagônicas, isso não significa o ‘desastre’, mas pode, ao contrário, gerar uma riqueza na construção da personalidade e dos valores do menor. Por isso, é válido assegurar a paritária influência de ambos na criação e educação do filho. Ambos os genitores, vivendo juntos ou não, possuem importante papel na vida da prole, independentemente de gênero e, juntos ou não, possuem pontos de vista nem sempre similares, o que pode ser enriquecedor, como salientou Amaral<sup>14</sup>:

*“De fato, entre os casais não separados, se ambos participaram ativamente da criação dos filhos, como é caso na maioria das famílias contemporâneas, é normal que haja divergências eventuais. A própria vida, as relações em geral, também apresentam pluralidade de influências e visões, dissensos e desentendimentos, a criança vai conviver com isso a vida toda.”*

#### **IV – Perspectivas no caso da aprovação do projeto**

Alguns mencionam que, sendo a guarda compartilhada a regra, caso os pais possuam divergências significativas, daí decorreria uma avalanche de novas demandas para que o Juiz decidisse acerca de uma ou outra opção a respeito da vida do filho comum. É possível. Mas, sobretudo,

---

<sup>14</sup> AMARAL, Paulo André, Guarda Compartilhada, Igualdade de Gênero e Justiça no Brasil – uma Análise das Interpretações da Lei, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 32, p. 47.

na linha do que propõe a Ministra Andrichi, o que se vislumbra é uma nova necessidade para que esses pais aprendam a superar esta ou aquela dificuldade pontual. Novos meios terão de ser aprendidos e incorporados na rotina de pais separados como forma de superar divergências. A mediação, por exemplo, mostra-se como ferramenta de excelência para se abordar e transpor essa problemática, assim como o é a intervenção de outros profissionais (psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, professores e até os próprios advogados familistas), como rede de apoio multidisciplinar, auxiliando os pais no '*aprendizado do compartilhamento*'.

Da mesma forma, a justiça terá de buscar também novos instrumentos, pois, em sendo a guarda estabelecida como compartilhada, caso a divergência seja intransponível, o judiciário terá de intervir. Talvez, essa intervenção, num primeiro momento, deva ser no sentido de fomentar o diálogo entre os genitores e, para tanto, se servirá o juiz dos profissionais acima citados e, num segundo momento, caso não se estabeleça o desejável mútuo entendimento, o magistrado terá de definir, então, qual das posições propostas atinge o melhor interesse do menor naquele caso.

Algumas experiências e sugestões se destacam nesse horizonte. A primeira que citamos advém de um relato de Águida Arruda Barbosa<sup>15</sup>, referindo que um determinado juiz, em vez de, desde logo, homologar um acordo de guarda compartilhada, ante a outras problemáticas visíveis do casal, preferiu propor um período de experiência, marcando, para dali a três meses, uma outra audiência, com o fito de que o casal exercitasse e relatasse, então, os efeitos da coparentalidade.

Na audiência, apareceram as dificuldades ocorridas e que se faziam presentes no dia a dia dessa família em transformação. Alguns ajustes no acordo foram feitos e, novamente, foi proposto um tempo de experimentação e aprendizagem, marcando-se nova audiência, tendo para o ato o magistrado convocado a presença também de uma psicóloga e de uma assistente social.

No novo encontro, contando com a colaboração também desses outros profissionais, que ajudaram os pais a melhor definirem seus papéis na nova estrutura familiar e reforçaram a importância e responsabilidade de cada um na vida da prole, conseguiu-se, enfim, realizar a homologação de um novo e diferente arranjo, mais adequado e de fácil manutenção do que aquele inicialmente estabelecido.

---

<sup>15</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar – uma Parceria Necessária, in Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Ano I, N<sup>o</sup>1, jul./ago. 2014, p. 21 e ss.

Ou seja, a inserção da guarda compartilhada na rotina das famílias de pais separados vai dar trabalho. Trabalho para os pais, que terão de aprender a viver nessa nova modalidade. Trabalho para os juízes, para os advogados e demais profissionais envolvidos, pois todos esses também terão de aprender a auxiliar os pais na conquista do ‘*aprendizado do compartilhamento*’.

Essa ideia praticada pelo magistrado no sentido de propor um período de adaptação para o exercício do compartilhamento para, só após, com as devidas reflexões e experiências, homologar o acordo (ou decretar a guarda compartilhada) se apresenta como solução inovadora, que merece aplauso, pois pode ser mesmo uma forma concreta de, na prática, se lograr que essa modalidade de guarda seja inserida, de forma salutar, na nova rotina das famílias em que os pais rompem o vínculo conjugal.

Há quem entenda pela necessidade de se solidificar o instituto, monitorando a sua efetividade<sup>16</sup>, com propostas de medidas judiciais de controle, as quais seriam impostas a partir da fixação da guarda compartilhada, como, por exemplo, a determinação de estudos sociais periódicos, desde já prevendo que o descumprimento poderia implicar a reversão do compartilhamento para guarda unilateral. Também é uma ideia que visa a instituir a aplicabilidade prática do compartilhamento.

Essas formas de acompanhamento e controle do exercício da guarda compartilhada se mostram promissoras e, como dito, a aplicação do novo instituto na rotina dos casos de separação dos pais vai dar trabalho a todos, mas traz em si a possibilidade de construir um novo tempo para os filhos de pais separados.

#### V - Alguns aspectos a serem debatidos no projeto

Consta no projeto, *in verbis*:

*(...) na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos 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; (omissis), determina que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos*

<sup>16</sup> MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 435.

*filhos. 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, (omissis).*

Visualiza-se, desde logo, alguns problemas: o primeiro deles é o de que “o tempo de custódia física dos filhos deverá ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Ora, o que seria afinal uma forma equilibrada? Ao que parece, permanece a ideia de que o compartilhamento da guarda equivaleria a divisão de tempo de convívio (custódia) com um e outro genitor e, nesse sentido, alguns podem entender que deve ser idêntica dita divisão e, assim, se a criança ficar tantos dias do mês sob a custódia de um, teria de ficar o mesmo número de dias sob a custódia do outro. Entende-se que tal compreensão não é a melhor e significa mais uma alternância do que um compartilhamento.

A proposta é consolidar a participação e convivência de ambos os genitores com a prole e mesmo que não seja em períodos idênticos, a convivência deverá ser mais ampla e livre do que apenas ‘visitas’.<sup>17</sup>

Como já se disse acima, a guarda alternada não é a melhor indicação e não é isso que foi adotado pelo legislador quando elegeu o compartilhamento, e não a alternância como regra. Aliás, a alternância pode ser até mesmo prejudicial na formação da criança, e o exercício da autoridade parental conjunta não exige uma distribuição de tempo equitativamente idêntica. Assim, entende-se que tal ponto deveria estar melhor esclarecido no novo projeto, a fim de não se criar, de forma desnecessária e antiprodutiva, mais uma problemática a ser superada. Importa privilegiar o compartilhamento da convivência, das decisões, da responsabilidade, e não privilegiar a medida de uma exata quantidade de tempo idêntica com um e com outro genitor.

Outrossim, o projeto fala que, sendo a guarda unilateral, o pai ou mãe que não a detenha terá o dever de supervisionar o interesse dos filhos, podendo “solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a

---

<sup>17</sup> Nesse sentido ver PINHEIRO, Thayse de Paula, SILVA, Maria Izabel da, O Exercício da Guarda Compartilhada sob a Perspectiva do Serviço Social, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n.23 (Ago/Set 2011, p.41.

*saúde física e psicológica e a educação de seus filhos*”. Aqui, vislumbra-se a possibilidade de uma Ação de Prestação de Contas. Trata-se de mais uma questão polêmica do novo projeto de lei. A pensão alimentícia é fixada para que o genitor alcance montante para suprir as necessidades do menor, seja integralmente ou complementando a verba a ser fornecida pelo outro genitor. A equação, aqui conhecida de todos, reside no binômio necessidade e possibilidade. Essa é a averiguação que se faz necessária para que se atinja o valor justo da pensão.

Assim, uma vez fixada a verba, presume-se que tal valor a ser administrado pelo guardião seja o valor necessário. Portanto, permitir que se ajuíze uma demanda contra o guardião a fim de que este preste contas de forma contábil é fazer nascer novos e desnecessários conflitos. Uma vez estabelecidas e comprovadas as despesas mais significativas (escola, transporte, plano de saúde etc.) da criança, o que tem sede na demanda alimentar, tem-se qual valor é necessário para seu sustento. A forma mais adequada, caso a verba não esteja sendo destinada ao sustento exclusivo da prole, ainda deverá ser uma ação revisional, e não uma ação de prestação de contas.

Com efeito, há inúmeras pequenas despesas na administração do cotidiano de um filho menor, e nem todas essas pequenas despesas são facilmente comprovadas. Os guardiões, caso o projeto se mantenha com essa redação, terão de, além de administrar a rotina da criança, se tornar verdadeiros “arrecadores de notinhas” a fim de que tenham os comprovantes necessários para uma eventual prestação de contas, o que, definitivamente, não se mostra razoável e não se vislumbra como aconselhável.

Outra questão trazida pelo projeto sob análise diz respeito à obrigatoriedade das entidades públicas e privadas de darem informações sobre os filhos a ambos os genitores, sob pena de multa. Tal regra nos parece apropriada e oportuna, pois estende a guarda compartilhada a uma esfera mais ampla na sua prática, dando respaldo ao instituto em si.

Ainda é de se ressaltar, que a ideia de não ser fixada a guarda antes do contraditório, também nos parece uma opção legislativa, a princípio correta, embora, muitas vezes, venha a ser necessária uma fixação desde logo, o que acaba na mesma ideia básica de que só o caso concreto trará a resposta mais adequada à situação posta sob análise do julgador.

## VI - A Ação de Guarda

Imaginando a aprovação do projeto e sua transformação em lei, questiona-se acerca das atuais situações que já estão consolidadas como guarda unilateral e se essas deverão ser modificadas. A princípio, mantém-se a fixação já definida; contudo, a possibilidade de alteração da guarda de unilateral para compartilhada, ou vice-versa, tratando-se de relação jurídica continuativa, mostra-se sempre presente, eis que não transita em julgado, importando as questões fáticas sobre a situação em si e o eventual prejuízo que a prole esteja sofrendo. Dessa maneira, não obstante o novo projeto, a possibilidade de alteração está e estará sempre presente.

Ante a promulgação de uma nova lei que determine, como sendo a regra, o compartilhamento, ter-se-ão mais subsídios para a requisição da alteração de unilateral para compartilhada.

De qualquer forma, em já havendo uma definição da guarda como unilateral, esta assim permanecerá até que nova decisão judicial (homologatória ou decisória) a modifique. Tal poderá decorrer da propositura de uma ação de alteração, cuja natureza é pessoal e constitutiva, sendo os pólos da demanda geralmente os genitores, os quais detêm legitimidade ativa (o que postula) e passiva (o que detém a guarda unilateral), tendo como objeto justamente a modificação da fixação anterior.

A ação de alteração de guarda não está sujeita à prescritibilidade, e o seu requisito essencial é a menoridade do filho.

## VII - À guisa de conclusão

O Estado erigiu a família como uma instituição de ordem constitucional e se constata que o novo projeto de lei vem assegurar o respeito aos princípios constitucionais concernentes ao tema. Tanto a igualdade de gênero, como a dos cônjuges e a melhor proteção do menor são preservados pelo novo projeto de lei.

A guarda compartilhada visa a resguardar ao menor o direito de conviver com ambos os genitores de forma ampla (o que não significa necessariamente compartilhamento equitativo de tempo) e também o direito do menor de ter a participação de ambos em decisões sobre sua vida.

A partir da lei vigente e independentemente da aprovação ou não do novo projeto de lei, que virá apenas para reafirmá-la, ante a indiscutível importância da presença de ambos os genitores na vida dos filhos, já é tempo de a justiça utilizar todas as formas possíveis para assegurar a coparticipação dos pais na criação da prole.

Como bem ressalta Maria Berenice Dias, a guarda compartilhada *“é o modo de garantir, de forma efetiva, a **corresponsabilidade parental**”, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.*”<sup>18</sup>

E, mesmo que haja desentendimento entre os guardiões, esses terão de negociar, ou mediar seus interesses, seja por si ou com a ajuda de outros profissionais, não havendo, nesse caso, a superioridade de um sobre o outro. Caso as divergências não sejam superadas, o Poder Judiciário, necessariamente, terá de intervir a fim de decidir o que é melhor para o menor.

Outra conclusão óbvia, mas necessária de ser lembrada, é a de que nem todo caso concreto permitirá a fixação do compartilhamento. Embora a guarda compartilhada se apresente como modelo ideal para que os pais possam dividir as tarefas parentais e a responsabilidade pela criação dos filhos, visando a atender ao melhor interesse da criança, o que deve prevalecer é a maior proteção **possível** ao menor e é preciso assinalar que, para tanto, não se tem uma regra ou uma receita infalível, devendo sempre a situação ser analisada com muita cautela e caso a caso.

O novo projeto reafirma a prioridade do interesse da prole, devendo ambos os pais permanecerem, mesmo após seu rompimento, participando, ativamente, da vida da prole. A novidade para esses pais, ante a imposição da guarda compartilhada como regra, é a necessidade do “aprendizado do compartilhamento”.

Ainda, temos resquícios importantes de uma cultura que, pelo menos há uma centena de anos, privilegiava a guarda unilateral (e geralmente guarda materna), mas, gradual e progressivamente, surge uma nova realidade jurídica, mais adequada à vida das famílias contemporâneas;

---

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

porém, precisa ser compreendida e absorvida pelos pais e também pelo próprio Poder Judiciário. Na esfera jurídica, a guarda compartilhada como regra impõe que magistrados e demais operadores se adaptem a um novo tratamento da questão e, na esfera privada, impõe aos pais uma reconstrução relacional.

De um lado, aqueles genitores menos comprometidos com a gerência da vida da prole e sua ingerência no dia a dia dos menores, terão de estar mais presentes e exercer, de forma mais intensa, uma real participação e divisão das tarefas no cotidiano do filho.

Já aqueles pais e mães que se sentem como únicos responsáveis e que entendem deter verdadeiro “direito de posse” sobre o filho, decidindo, de forma exclusiva e ditatorial, a vida da prole, terão, a partir de agora, de aceitar e respeitar a posição e opinião do outro genitor.

Isso porque, mesmo que a fixação da guarda como unilateral nunca tenha retirado do genitor não guardião o seu direito/dever parental, de fato e na prática, muitas vezes, o que ocorre com a guarda unilateral é a monoparentalidade na criação da prole, quando o não guardião é simplesmente alijado da vida do filho, pois o guardião se sente como único responsável pela prole, tomando decisões, na maioria das vezes, sem sequer consultar o não guardião, que, quase sempre, acaba por ter de a estas se submeter.

Contudo, a partir da nova determinação legal, os genitores terão de se sujeitar a uma nova “aprendizagem de compartilhamento”, com a participação equilibrada (e não necessariamente idêntica) de ambos na criação da prole, como forma de aplicar-se a verdadeira igualdade parental.

Tal aprendizagem se aplica, é claro, sobretudo, aos pais, mas também se aplica aos operadores do direito e aos demais profissionais que auxiliam a justiça (psicólogos, mediadores, assistentes sociais), os quais também terão de aprender e compreender como funciona, verdadeiramente, o compartilhamento, para que se possa aplicar, de forma sistêmica, a guarda compartilhada e auxiliar os genitores a vivenciarem a parentalidade dentro dessa nova realidade.

#### ANEXO I

De autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação,; altera a Lei nº 10.406, de

2002 - Código Civil, para que na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos 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; dispõe que na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos; determina que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. 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; fixa que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor; 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe; 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; 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; qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação; dispõe 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; determina que 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.

## BIBLIOGRAFIA

**ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL**

AMARAL, Paulo André, Guarda Compartilhada, Igualdade de Gênero e Justiça no Brasil – uma Análise das Interpretações da Lei, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 32.

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar – uma Parceria Necessária, in Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Ano I, Nº1, jul./ago. 2014.

CASTRO, Maristela Barcelos, Guarda Unilateral e Direito à Visita: Nomenclatura da Exclusão, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões n. 32. Belo Horizonte: IBDFAM, fev./mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática. In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 23, (ago./set.) Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada - Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental, 2. ed. rev. atual e ampliada – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. Relações de Família e Direitos Fundamentais, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v.2, (mar./abr.) Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: Direito de família e o novo código civil. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHEIRO, Thayse de Paula, SILVA, Maria Izabel da, O Exercício da Guarda Compartilhada sob a Perspectiva do Serviço Social, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n.23 (Ago/Set 2011).

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da Guarda Compartilhada ante o conteúdo da Autoridade Parental. In COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (coords). Guarda Compartilhada. São Paulo. Método, 2009.