

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

PROJETO DE LEI Nº 1.009, DE 2011

Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.

Autor: Deputado ARNALDO FARIA DE SÁ

Relator: Deputado DR. ROSINHA

I - RELATÓRIO

Através da presente Proposição, o ilustre Deputado Arnaldo Faria de Sá pretende estatuir lei que esclareça o real sentido da expressão “sempre que possível”, quando o magistrado for deferir a guarda compartilhada aos pais.

Alega em defesa de sua tese, dentre outros argumentos, que:

“...Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores se relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento,

totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade...”

A esta Comissão de Seguridade Social e Família compete analisar o mérito da proposta (art. 24, II do Regimento Interno).

Não foram apresentadas emendas, no prazo regimental.

É o Relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Muito louvável a intenção do ilustre autor do presente Projeto de Lei.

A guarda ou custódia dos filhos é parte integrante do poder familiar e, como tal, deve ser mantida ao pai e à mãe após a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, sempre que estes estiverem em condições de exercerem o poder familiar, conforme previsto no artigo 1.634 do nosso Código Civil.

Dessa forma, a guarda dos filhos somente pode ser subtraída de um dos genitores caso o mesmo tenha sido expropriado do exercício do poder familiar, por meio de sentença da qual não cabe mais recurso, nos termos dos artigos 1635 a 1638 do Código Civil.

No tocante à guarda ou custódia física dos filhos menores, deve-se sempre procurar um sistema de divisão equânime do tempo de convivência da criança com pai e com mãe, de forma a não prejudicar o vínculo parental e o relacionamento com um ou com outro, inclusive com a alternância de residência, desde que ambos os genitores se disponham a isso.

Ainda neste sentido, deve-se impedir, num contexto de separação, que a cidade de residência da criança seja modificada sem a anuência de ambos os pais, ao menos até que a questão da guarda seja julgada em definitivo.

Em 18 de agosto de 2008 entrou em vigor a Lei 11.698 – originada no Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em 13 de junho de 2008 – que institui a Guarda Compartilhada no Brasil, determinando que:

"Quando não houver acordo entre pai e mãe quanto à guarda dos filhos, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada".

Antes, quando os pais se separavam, a guarda dos filhos menores deveria ser atribuída unilateralmente ao genitor com melhores condições, reduzindo o outro genitor a visitante de seus próprios filhos.

Assim, a guarda unilateral, por estabelecer uma separação injustificada e uma redução do convívio entre genitor e filho vem, em muitos casos, causando grande sofrimento para ambos e graves danos para a formação da personalidade dos filhos, especialmente os em idade tenra.

Lembremos, ainda, que a guarda unilateral possibilita que ao genitor que a detém promover a alienação parental, prática já condenada por esta casa e pelo Senado quando da aprovação do PL 4053/08, que resultou na promulgação da Lei da Alienação Parental.

Adicionalmente, a guarda unilateral acarreta, com frequência, a errônea interpretação que o genitor que não detém a guarda dos filhos também está destituído de seu Poder Familiar, o que contraria expressamente os artigos, dentre outros, 1.634, 1.689, 1.690, 1.691, 1.692 e 1.693 do Código Civil e ainda o artigo 8º do Código de Processo Civil.

Em outras palavras, a despeito das diversas previsões legais em sentido contrário, a responsabilidade pelo menor e das decisões a ele inerentes acaba recaindo apenas sobre o genitor que detém sua guarda física, excluindo-se indevidamente o genitor não guardião da vida da criança.

A Guarda Compartilhada é, então, “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, inclusive o direito de participar da criação cotidiana dos filhos.

O exercício conjunto dos direitos e deveres inclui o direito e o dever de ter o filho em sua guarda e companhia. Por isso, a inclusão da

convivência da criança de forma estreita com os dois genitores faz parte da guarda compartilhada. Afinal, como um genitor vai educar e criar o seu filho sem estar próximo dele cotidianamente?

Ou seja, o convívio e o contato com os lares materno e paterno devem ser – sempre que faticamente possível e considerando a disponibilidade de tempo de cada genitor – equânimes, possibilitando à criança receber o amor, a herança cultural, a educação e o carinho de ambos os genitores de forma equilibrada.

Afinal, a psicologia moderna atesta que a presença de pai e de mãe na criação dos filhos é igualmente importante para a formação da personalidade deles. Visitas esporádicas são comprovadamente insuficientes para manter vínculos parentais plenos e saudáveis.

É direito das crianças ter pai e mãe presentes cotidianamente em sua criação e a participação ativa de ambos em todas as decisões relevantes. Um genitor que não respeita esse direito de seus filhos, criando dificuldades para que o outro genitor exerça sua parentalidade, tem maturidade para exercer a guarda unilateral?

Quando os dois genitores desejam e têm condições de seguir criando seus filhos após a separação, em geral como faziam antes dela, a guarda compartilhada é o melhor sistema para as crianças. Os genitores que amam seus filhos têm a responsabilidade de se entenderem nesse sentido.

Para induzir o ex-casal à responsabilidade, o magistrado não deve, jamais, “premiar” com a guarda unilateral o genitor que resiste a entender-se com o outro acerca dos filhos.

Para efetivamente promover o bem das crianças – com a paz e o entendimento entre pai e mãe – o magistrado precisa premiar a busca de entendimento, e não acolher o pleito do genitor que fomenta o litígio.

Não há Paz sem Justiça. A guarda unilateral, quando priva da criação dos filhos um genitor capaz e interessado em exercer sua parentalidade, estabelece uma injustiça que perpetuará o ressentimento e o conflito entre o ex-casal e trará graves danos para a formação da personalidade dessas crianças.

Por outro lado, com a determinação judicial de um sistema justo e equilibrado de convivência, bem como o respeito aos dispositivos legais que já existem e determinam o exercício conjunto do Poder Familiar, eventuais ressentimentos inerentes à separação dos genitores tendem a serem superados com o tempo.

Assim, a Guarda Compartilhada estabelece justiça para pais e filhos, assegurando o direito das crianças de serem criadas pelo amor e pela sabedoria de mãe e de pai, mesmo após a separação, que deve se restringir ao casal e nunca se estender aos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que:

*Art. 21. O pátrio poder será exercido, **em igualdade de condições**, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.*

*Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.*

Em se pensando no bem da criança, na formação de sua personalidade, o que mais importa é o convívio equilibrado com os dois genitores.

É necessário haver acordo entre os pais sobre a Guarda Compartilhada? Não. A Lei foi concebida essencialmente para induzir e respaldar a Guarda Compartilhada quando não houver acordo, desde que ambos tenham vontade e condições de exercer a guarda. Esse é o ponto mais importante da nova Lei. Se não quiserem, pai e mãe não precisam ser amigos após a separação – embora isso seja desejável. Precisam, sim, ter maturidade e responsabilidade ao tratar do interesse dos filhos, para cuja formação da personalidade pai e mãe presentes são igualmente importantes. O Poder Judiciário precisa abrir os olhos para isso.

Quando não há acordo e o Poder Judiciário decide pela guarda unilateral para “afastar a criança do conflito”, ela termina por perpetuar

o ressentimento e o conflito entre os ex-cônjuges e sinalizar para a criança que um de seus pais – referência central à sua formação – foi “derrotado” pelo outro e esvaziado de poder parental, com graves danos à formação psicológica da criança.

Dessa forma, a guarda unilateral imputa um dano permanente à criança: a troca de um pai ou uma mãe por um “visitante”, dano, esse, bem mais grave do que o eventual convívio com algum conflito durante algum tempo.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, em decisão sobre guarda compartilhada afirma que:

“a drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão”.

Também considerou que não ficou caracterizada a guarda alternada porque, na guarda compartilhada, mesmo que a custódia física esteja alternadamente com pai e mãe, os dois têm autoridade legal sobre o menor o tempo todo.

A Ministra afirmou ainda que “a guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta, sempre que possível, como sua efetiva expressão”. Detalhes como localização das residências, capacidade financeira, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, de acordo com a ministra, devem ser levados em conta nas definições sobre a custódia física. Segundo a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Conclui-se, assim, que 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 filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.”

Finalmente, embora o artigo 1.583 de nosso Código Civil determine, em seu § 3º, que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos,” é comum observarmos nos

tribunais pátrios que o pai ou a mãe que não detenha a guarda, ao tentar cumprir sua obrigação prevista neste artigo por meio de ações judiciais pedindo informações ou prestação de contas, se defronte com o arquivamento de seu pleito sob a alegação de “falta de interesse em agir”.

Ora, “falta de interesse de agir”? É no legítimo interesse de agir, exercendo na plenitude o seu Poder Familiar, que o genitor não guardião ingressa em juízo pedindo explicações a respeito do filho sobre o qual possui responsabilidade.

No concernente ao Projeto de Lei em tela, podemos afirmar que a matéria proposta é oportuna e conveniente, pois vem colocar um basta às divergências jurisprudenciais sobre o que seja “sempre que possível será aplicada a guarda compartilhada”, embora mereça reparos de natureza redacional e de consonância com a Lei Complementar 95/98.

Além do mais há proibição constitucional impedindo a vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV), o que contraria o disposto no art. 1º do PL, ao modificar o § 3º do Código Civil. Assim, estabeleceremos pena de natureza pecuniária, mas não em salário mínimo.

Nestes termos é que propomos um Substitutivo ao final.

Nosso voto é, portanto, pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.009, de 2011, na forma do Substitutivo em anexo.

Sala da Comissão, em de outubro de 2011.

Deputado **DR. ROSINHA**
Relator

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.009, DE 2011

Dispõe sobre a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei esclarece o real sentido da guarda compartilhada, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Art. 2º A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583:

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, inclusive o direito de conviver com os filhos cotidianamente.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equânime com mãe e pai sempre que houver possibilidade fática. Inclusive com a alternância de residência, desde que ambos os genitores se disponham a isso.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela em

que estes residiram nos últimos 24 meses antecedentes ao início da separação do casal ou a maior parte deles, salvo se os pais, de comum acordo, decidirem por outra.

§ 4º 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.

“Art. 1.584.....

§ 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 do menor.

§ 3º 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 pai e mãe.

§ 4º Qualquer estabelecimento público ou privado, é obrigado a prestar informações de seus filhos a qualquer dos genitores, sob pena de multa de duzentos a quinhentos reais por dia pelo não atendimento da solicitação.

§ 5º 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.

§ 6º 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. (NR)

Art. 1585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, somente se decidirá a guarda de filhos, mesmo que provisória, após ouvidas as duas partes, aplicando-se as disposições do art. 1584.” (NR)

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do Poder Familiar, que consiste em:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia cotidiana;
- III – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- VI - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município;
- VII - 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;
- VIII - representá-los judicial e extra-judicialmente, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- IX - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- X - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de outubro de 2011.

Deputado **DR. ROSINHA**

Relator