



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA NOVA POSSIBILIDADE FAMILIAR**

Patrícia Nathália Grimm

Lajeado, novembro de 2009.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO**

**A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA NOVA POSSIBILIDADE FAMILIAR**

Patrícia Nathália Grimm

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia do Curso de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Bianca Corbellini Bertani

Lajeado, novembro de 2009.

AGRADECIMENTOS

É nas entrelinhas, entre o real e o imaginário, que escrevemos a nossa história. Em pensamento idealizamos nosso futuro. Para alguns, simples sonhos, impossibilidades, mas, para outros, a certeza de um dia a concretização. E justamente por ser difícil, por ser sonhado, por ser esperado, por ser, às vezes, impossível, é que viver é inacreditável. Porque somos assim... Dentro de nós acreditamos no impossível e escrevemos nossa história. Há aqueles que escrevem sua vida com pressa, sempre buscando o topo a que possam chegar. E há aqueles que escrevem sua trajetória admirando o caminho, valorizando a beleza de uma longa jornada. E é assim que devemos ser. Preencher as páginas de nossas vidas com palavras vindas do coração. Seguir sonhos. Trabalhar com empenho. Ser bom. Divertir-se. Amar. Dedicar-se. Ter amigos. Encontrar força. Ser verdadeiro. Ter fé. É nas finas linhas, entre o que acreditamos e o que é o concreto, que construímos os melhores cenários de vida, de verdades, de sonhos e de concretizações, com a esperança de um futuro melhor, para além de nós, para além dos nossos dias. Que eu nunca esqueça o que realmente é importante para ser feliz. E a quem acreditou que este futuro um dia chegaria, agradeço pela ajuda, compreensão e contribuição para a realização desta etapa em minha vida.



“O direito é o Saturno que devora seus próprios filhos; só se rejuvenesce eliminando o próprio passado. O direito concreto que, uma vez formado, exige uma duração ilimitada, isto é, aspira à eternidade, assemelha-se ao filho que ergue o braço contra a mãe. Insulta a ideia do direito que invoca, pois esta envolve a eterna renovação: Aquilo que existe deve ceder ao novo, pois tudo que nasce há de perecer”.

Rudolf von Ihering

RESUMO

O presente trabalho versa sobre uma nova possibilidade legislativa a ser transformada em realidade familiar, uma proposta a pais que, após o rompimento do vínculo conjugal, exercem a autoridade parental em co-responsabilidade. É a guarda compartilhada, institucionalizada por meio da Lei nº 11.698/2008, que veio como resposta aos anseios sociais de pais que buscavam manter estreitos os laços afetivos com a prole, mesmo após a dissolução familiar. A guarda compartilhada vem legitimar os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entre os cônjuges/companheiros e da convivência familiar, sendo importante o magistrado informar aos pais o seu significado, sua importância, sua similitude dos deveres e direitos na sua aplicação. Amplamente difundida em outros países, o direito comparado demonstra sua eficácia quando exercida por genitores que buscam o melhor para a prole, evitando que conflitos conjugais se estendam à relação entre pais e filhos, que é perpétua e merece ser resguardada. O presente trabalho destina-se a analisar especialmente este modelo de guarda, presente recentemente na legislação brasileira e concluir se esse arranjo de guarda de filhos é o que melhor atende aos interesses dos filhos e dos pais na sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: família - guarda compartilhada - autoridade parental - melhor interesse dos filhos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed.	Edição
nº	número
p.	página
%	por cento
RS	Rio Grande do Sul
www	<i>World Wide Web</i> , espécie de “teia de alcance mundial”, via internet

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
2 A FAMÍLIA E A AUTORIDADE PARENTAL.....	12
2.1 Antecedentes históricos da família e da autoridade parental	12
2.2 Conceito, espécies e princípios da família.....	15
2.2.1 Conceito da família.....	15
2.2.2 Espécies de família	16
2.2.3 Princípios da família	18
2.3 Conceito e características da autoridade parental	22
2.4 Natureza jurídica da autoridade parental.....	24
2.5 Conteúdo da autoridade parental.....	24
2.6 Extinção, suspensão e perda da autoridade parental	29
3 GUARDA E PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	32
3.1 Conceito de guarda	32
3.2 A guarda por homologação ou por decisão judicial.....	34
3.2.1 A guarda decorrente do consenso entre os pais.....	35
3.2.2 A guarda decorrente da decisão judicial	35
3.3 Critérios de determinação da guarda.....	37
3.3.1 Interesse da criança ou do adolescente.....	37
3.3.2 Idade e sexo.....	38
3.3.3 Irmãos juntos ou separados	39
3.3.4 A opinião da criança e do adolescente.....	39
3.3.5 Comportamento dos pais	40
3.4 Modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro	40
3.4.1 Guarda comum, desmembrada e delegada.....	41
3.4.2 Guarda originária e derivada.....	41
3.4.3 Guarda de fato	42
3.4.4 Guarda provisória e definitiva. Guarda peculiar.	42
3.4.5 Guarda exclusiva.....	43
3.4.6 Guarda por terceiros, instituições.....	45
3.4.7 Guarda jurídica (legal) e guarda material (física)	45

3.4.8 Guarda alternada	46
3.4.9 Aninhamento ou nidadação.....	46
3.4.10 Guarda jurídica (legal) e material (física) compartilhada	47
3.5 Modificação da guarda	49
3.6 A dissolução conjugal e a nova realidade familiar	49
3.6.1 Funções do genitor guardião.....	50
3.6.2 Funções do genitor não-guardião.....	53
3.6.3 Funções exercidas em conjunto pelo genitor guardião e não-guardião	54
4 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	56
4.1 Definição de guarda compartilhada	56
4.2 Evolução histórica do instituto	58
4.3 O direito comparado.....	61
4.3.1 Na Inglaterra	61
4.3.2 Nos Estados Unidos.....	62
4.3.3 No Canadá	63
4.3.4 Na França	64
4.4 Fundamentos legais e psicológicos para a guarda compartilhada.....	65
4.4.1 Fundamentos legais	65
4.4.2 Fundamentos psicológicos.....	67
4.5 A guarda compartilhada na prática.....	69
4.5.1 Pressupostos para o exercício da guarda compartilhada.....	69
4.5.2 Guarda compartilhada com e sem a alternância de residências.....	70
4.5.3 A guarda compartilhada em que ambos os genitores possuem a guarda jurídica e um deles a guarda física. A convivência livre.	71
4.5.4 A fixação de alimentos na guarda compartilhada.....	72
4.6 Guarda compartilhada por homologação ou decisão judicial.....	73
4.7 A mediação familiar como instrumento para a dissolução do litígio.....	75
4.8 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada	77
4.8.1 Vantagens da guarda compartilhada.....	78
4.8.2 Desvantagens da guarda compartilhada.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS.....	88
ANEXOS	90

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade vive em constante evolução e o direito para acompanhar essas mudanças e resolver os litígios que surgem entre os indivíduos necessita de inovação, de criatividade.

Na família do século XIX, o chefe da família exercia, por meio do pátrio poder, domínio absoluto sobre todos os membros do clã. Era a chamada família patriarcal, em que os laços afetivos eram enfraquecidos, mantendo o grupo unido para fins de procriação e acúmulo de riquezas. A realidade muda lentamente com o desenvolvimento industrial, momento em que o pai ingressa na indústria, restando à mãe o dever de cuidar dos filhos e da casa. O convívio maior entre mãe e filhos aumenta a intimidade e o afeto entre ambos. Assim, em casos de separação do casal, a guarda de filhos cabia à mãe, porque, como o convívio entre mãe e filhos era maior, também era maior a necessidade da prole em companhia da genitora. Ao homem restava a visitação aos filhos e o dever de manter a subsistência da ex-mulher e da prole.

O cenário modifica-se frente à revolução sexual, nas primeiras décadas do século XX, quando aumenta o número de mulheres no mercado de trabalho. Com essa nova ocupação feminina, a tarefa de criar e educar os filhos passa a ser dividida entre o homem e a mulher, modificando a estrutura familiar. Nos casos de dissolução familiar, surge uma nova tendência, em que o pai também pode exercer a guarda de filhos e atender aos interesses da prole. Busca-se uma guarda de filhos mais justa e equilibrada entre pai e mãe, para que, com o fim do vínculo conjugal, também não se terminem os laços afetivos entre pais e filhos.

Assim, lentamente a instituição família foi perdendo seu caráter patrimonial,

passando a ser caracterizada pelo vínculo afetivo, em que seus membros se mantêm unidos por sentimentos, e buscam na convivência familiar realização pessoal. Igualmente modifica-se a compreensão do pátrio poder. Se outrora era um domínio absoluto, exercido pelo patriarca da família sobre seus membros, passou-se a denominá-lo de poder familiar e, mais recentemente, de autoridade parental, considerada como um direito-dever, em que os genitores exercem, em conjunto, direitos e deveres decorrentes da filiação com vistas a atender aos interesses dos filhos, enquanto crianças e adolescentes.

Frente a essas alterações, a Constituição Federal de 1988 estendeu a conceituação da instituição família, reconhecendo em seu artigo 226 a família decorrente do matrimônio (parágrafos 1º e 2º) e a entidade familiar, a oriunda da união estável e da comunidade monoparental (parágrafos 3º e 4º). Entretanto, considerando que ambas as instituições possuem como base elementar os laços afetivos entre seus membros, o presente estudo não fará distinção entre família e entidade familiar, tendo-as como sinônimas.

Há que salientar que o rol de entidades familiares do art. 226 da CF é meramente exemplificativo, pois inúmeros são os arranjos de família existentes, pois o elemento essencial que a identifica são os vínculos afetivos entre seus membros, uma vez que possuem projetos de vida comuns e comprometimento mútuo. A família contemporânea afastou-se dos paradigmas de casamento, sexo e procriação, passando a valorizar primordialmente os sentimentos que os membros compartilham entre si.

A modificação da estrutura familiar, a autoridade parental como um direito-dever, o desejo de ambos os pais continuarem presentes no crescimento dos filhos, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal, e o crescente número de dissoluções familiares necessitou uma reforma no Direito de Família, exigindo-se a criação de um modelo de guarda de filhos que atendesse às novas tendências e fosse mais coerente com a realidade da sociedade contemporânea. Esse novo instituto, que veio socorrer as deficiências dos modelos de guarda já existentes, chama-se guarda compartilhada, instituída por meio da Lei nº 11.698/2008, trazendo nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Amplamente difundida em outros países, a guarda compartilhada é um

sistema em que pai e mãe, após a ruptura do vínculo conjugal, continuam a exercer de maneira igualitária a autoridade parental, participando ativamente na criação dos filhos e decidindo em comunhão os aspectos inerentes à vida destes, como educação, formação, saúde moral e espiritual, lazer, enfim, tudo que diga respeito à formação da criança ou do adolescente.

Mesmo antes da guarda compartilhada ser regulamentada por lei, já havia decisões favoráveis, em nossos tribunais, por sua aplicação, com fulcro na doutrina e em preceitos legais, como os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, do direito à convivência familiar, da igualdade entre os cônjuges/companheiros, da paternidade responsável e do planejamento familiar.

Se antes da Lei nº 11.698/2008 a guarda exclusiva era a regra na ruptura familiar, atualmente é a guarda compartilhada, em que os pais podem requerê-la de forma consensual ou poderá ser decretada pelo juiz, sempre com vistas a atender o melhor interesse dos filhos e, na sequência, dos pais. O juiz informará aos pais o significado desse arranjo de guarda, a sua importância, a similitude de deveres e direitos e as sanções decorrentes da não observância de suas cláusulas.

Assim, a confecção do presente trabalho se inicia no estudo da instituição família e da autoridade parental, seus antecedentes históricos e definição, destacando na entidade familiar suas espécies e princípios e, na autoridade parental, suas características, sua natureza jurídica, seu conteúdo e suas hipóteses de extinção, suspensão e perda.

Na sequência, será analisada a guarda e a proteção da criança e do adolescente, a conceituação de guarda, seu exercício por homologação ou por decisão judicial, os critérios para sua determinação, suas modalidades, as razões de sua modificação e por fim, a nova realidade familiar após a dissolução conjugal.

No último capítulo será dada ênfase ao modelo de guarda de filhos compartilhada, seu conceito, sua evolução histórica, sua aplicação no direito comparado, seus fundamentos legais e psicológicos, seu exercício na prática, sua utilização por meio de homologação ou por decisão judicial, a importância da mediação familiar para sua popularidade e, por fim, as vantagens e desvantagens de seu exercício na sociedade contemporânea.

Dessa maneira, o presente trabalho se mostra relevante, tendo em vista que

se trata de um tema atual, expresso em lei recentemente, que se baseia em precedentes internacionais para comprovar seus resultados práticos e vem sendo aplicado por genitores dispostos a exercer os direitos e deveres decorrentes da relação entre pais e filhos em cooperação, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal. Considerando, portanto, a discussão atual acerca do assunto, em síntese, esta monografia persegue o objetivo de analisar profundamente o modelo de guarda compartilhada, apontando suas vantagens e desvantagens, para concluir se este arranjo de guarda de filhos é o que melhor preserva os preceitos constitucionais que regem o Direito de Família, em especial, os interesses dos filhos e, na seqüência, dos pais.

A pesquisa em tela é teórica e foi realizada por meio do método dedutivo. Os procedimentos técnicos utilizados foram o estudo de legislação, bibliografia e jurisprudência, que fazem referência à guarda compartilhada à luz dos direitos constitucionais, bem como a utilização de artigos publicados na *web*.

2 A FAMÍLIA E A AUTORIDADE PARENTAL

A instituição família sofreu grandes transformações ao longo dos anos. Se, antes estava voltada à perpetuação da espécie e ao aumento de patrimônio do grupo familiar, hoje está revestida pela existência de laços afetivos entre seus membros, e, por ser a base da sociedade, possui especial proteção do Estado.

De igual maneira está a autoridade parental que sofreu inúmeras transformações e modificou seu conteúdo. O que era um poder absoluto e inquestionável do chefe da família sobre seus membros, atualmente caracteriza-se muito mais em um dever, em que ambos os pais dividem a responsabilidade de criar, proteger e educar a prole.

2.1 Antecedentes históricos da família e da autoridade parental

A instituição família sofreu grandes transformações ao longo dos tempos, até alcançar seu conceito contemporâneo.

Analisando a evolução histórica da família, sabe-se que, no direito romano, a mesma não era formada pela existência de laços afetivos entre seus membros, e sim, com a finalidade de procriação para a perpetuação da espécie, como ensina a doutrina:

No direito romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família, que era concebida como um dever cívico, para que os jovens pudessem servir aos exércitos de seus países, visando, assim, à constituição da prole, principalmente masculina, com a finalidade de perpetuação da espécie. (LISBOA, 2002, p. 27-28)

Naquele período, o chefe da família era chamado *pater familias* e exercia sobre seus membros um poder absoluto, chamado de *patria potestas*. O *patria*

potestas era como um poder de propriedade, exercido com autoridade absoluta pelo *pater familias*, que era o ascendente mais antigo do sexo masculino. A família era um grande grupo que incluía esposa, filhos legítimos ou adotados e escravos. Independia de laços consanguíneos. Em relação à esposa, o chefe da família exercia o *pater maritalis*, semelhante ao *patria potestas*, proibindo à sua mulher qualquer autoridade sobre seus filhos e, após sua morte, a esposa estaria sob o poder dos filhos homens (QUINTAS, 2009).

A doutrina ensina que tal poder era tão inquestionável, que o patriarca da família tinha soberania exclusiva sobre seus membros, possuindo direito de vida e de morte, podendo punir, matar, vender qualquer membro de seu clã, além de conduzir à religião. Quanto ao plano patrimonial, filhos e esposa nada possuíam, pois não tinham capacidade de direito, assim todas as vantagens que obtinham pertenciam ao pai. Esse poder teve longa duração e, somente ao longo dos anos, foi se alterando com a influência do direito canônico e do direito de Justiniano que limitou essa soberania, reduzindo-a ao direito de correção¹ (AKEL, 2009).

Quintas (2009) ressalta que a autoridade parental no direito germânico era um direito exercido pelo pai e pela mãe, com o objetivo de proteger os filhos. Com isso, seu exercício era temporário e os filhos não eram totalmente dependentes do chefe da família, pois, quando alcançavam a maioridade e estavam aptos a viver independentemente, ficavam livres da submissão dos pais e podiam possuir bens.

Akel (2009) explica que, na Idade Média², as relações familiares sofreram grande influência do cristianismo, época em que apenas o casamento religioso era reconhecido e poderia ser impedido por diferença de crença. O cristianismo reuniu, do direito romano e do direito germânico, o ideal da autoridade parental, impondo aos pais, de acordo com o Cânone 1.136 do Código de Direito Canônico “o

¹ O direito de correção é atribuído aos pais, em relação aos filhos, e tem por finalidade melhorar ou firmar uma boa educação à prole. Mas o castigo que se revela na correção tem sua medida. A correção deve ser moderada, com o intuito de ensinar, e havendo abusos, o genitor infrator sofre sanções, podendo ser destituído da autoridade parental (De Plácido e Silva, 2004, p. 388).

² A Idade Média foi o período intermédio numa divisão esquemática da história da Europa em quatro "eras": a Idade Antiga, a Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea. Seu período foi delimitado com ênfase em eventos políticos, tendo iniciado com a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V, e terminado com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV. Neste período ocorreu uma complexa fusão de valores culturais romanos e germânicos, surgiram as primeiras universidades e houve diversidade de produções artísticas e científicas, tudo em busca do conhecimento (Enciclopédia Barsa, 1994, v. 9, p. 159).

gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural, como moral e religiosa, da prole”.

No Brasil, até a promulgação do Código Civil de 1916, vigorou o Direito Civil Português, formado por um conjunto de normas do direito romano e do direito canônico, por meio das Ordenações Filipinas³. O Código Civil de 1916 manteve o modelo patriarcal, legitimando os poderes masculinos sobre a mulher (poder marital) e sobre os filhos (pátrio poder). A autoridade parental era exercida pelo marido sobre os filhos menores de 18 anos, e, na sua ausência, cabia à mulher exercê-la. Entretanto, já se verificava o dever dos pais para com seus filhos. A autoridade parental era temporária, tendo em vista que se extinguiu com a maioridade e os pais tinham a responsabilidade de criar os filhos, sempre atentos ao melhor interesse da prole (QUINTAS, 2009).

O Código Civil de 1916 vigorou até 2002 e sofreu alterações ao longo de sua existência, graças à evolução de diversos conceitos como o Estatuto da Mulher Casada, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente que estabeleceram a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, no exercício da autoridade parental e na condição igualitária dos filhos. A CF ainda modificou o conceito de família, passando a reconhecer, além do casamento, a união estável e a família monoparental, bem como passou a ser permitida a dissolução do casamento.

Finalmente, o novo Código Civil trouxe outras modificações, especialmente no que toca ao Direito de Família, contudo muitas dessas alterações já haviam ocorrido através da Constituição Federal e de leis próprias.

É de suma importância salientar que outra grande modificação do novo Código Civil foi a alteração da denominação de pátrio poder (atual autoridade parental) para poder familiar, tendo em vista que tal função passou a ser exercida por ambos os genitores em patamar de igualdade, atendendo melhor aos anseios familiares da sociedade contemporânea⁴.

³ As Ordenações Filipinas eram uma compilação jurídica marcada pelas influências do Direito Romano, Canônico e Germânico, que juntos constituíam os elementos fundantes do Direito Português (Enciclopédia Barsa, 1994, v. 11, p. 430).

⁴ A época contemporânea em que vivemos é fruto de um poder de globalização que integra o mundo, repleta de novas tecnologias e ideais, encontrando no seio familiar a realização pessoal, em

Diante disso, percebe-se que, ao longo dos anos, os institutos família e autoridade parental foram se modificando até atingir o seu verdadeiro significado: a união das pessoas por meio de laços afetivos, com a realização pessoal na convivência familiar, e o dever dos pais em criar, educar e proteger os filhos.

2.2 Conceito, espécies e princípios da família

A família é constitucionalmente reconhecida como a base da sociedade e possui proteção especial do Estado por meio de princípios que protegem os mais variados arranjos de relações familiares na atualidade.

2.2.1 Conceito da família

A definição da família contemporânea não é tarefa fácil, tendo em vista o grande número de relações que a compõe. Pela primeira vez, a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo, por meio da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (grifo nosso).

Dias (2007) explica que é necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, buscando-se a identificação do elemento que permita enlaçar, no conceito de entidade familiar, todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade.

A doutrina descreve a modificação de funções da família:

A família, ao converter-se em espaço de realização de afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito (LÔBO, 2009, p. 11-12, grifo do autor).

Já para Ramos (2005), além de a família ser uma relação privada, eivada de laços afetivos, também é de laços econômicos, com uma repartição de deveres, de responsabilidades e de poderes. Para a autora, família é uma instituição social, com normas jurídicas que definem direitos e deveres de cada um e que a sociedade deve proteger, seja qual for sua configuração, sendo fundamental para a sobrevivência da espécie humana, para organização e manutenção do Estado, sendo, outrossim, importante organismo ético, moral, religioso e social.

O que importa não é a conceituação exata da instituição família, e sim, a que fim se destina. Grisard Filho (2009) ressalta que a família contemporânea funda-se na ideia de afetividade como função principal.

Diniz (2002) define o vocábulo família em três sentidos: em sentido amplíssimo, abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, incluindo inclusive estranhos. Em sentido lato, abrange os cônjuges e seus filhos, além dos parentes consanguíneos em linha reta, colaterais e afins. E por fim, em sentido restrito, formada pelos cônjuges e a prole ou por um dos genitores e seus descendentes.

2.2.2 Espécies de família

Dias (2007, p. 39) ensina que “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família”.

Diante de tais transformações, a Constituição Federal teve a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares. Assim, passou a reconhecer como família, além do casamento, a união estável e a família monoparental. Há que salientar que esse rol é meramente exemplificativo, que, por serem os arranjos mais comuns, receberam referência expressa.

A doutrina comenta o elemento essencial que identifica a família:

Agora, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento, sexo e procriação**. O movimento de mulheres, a

disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética fizeram com que esse triplice pressuposto deixasse de servir para banalizar o conceito de família (DIAS, 2007, p. 40, grifo da autora).

Lôbo (2009) complementa que, além da afetividade, que é o fundamento e a finalidade da família, é necessária a existência de outras duas características para configurar a entidade familiar: a estabilidade (excluindo-se os relacionamentos casuais ou descomprometidos) e a convivência pública e ostensiva, que pressupõe uma unidade familiar que se apresenta assim publicamente.

Nesse diapasão, Dias (2007) elenca uma série de relações familiares: a) **matrimonial** (que decorre do casamento); b) **informal** (relação extramatrimonial/união estável); c) **homoafetiva** (união estável homossexual); d) **monoparental** (formada por um dos genitores e seus filhos); e) **anaparental** (convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito); f) **pluriparental** (família reconstruída por casais em que um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores); g) **paralela** (concubinato: relação não eventual entre o homem e a mulher impedidos de se casar); e, h) **eudemonista** (família que busca a felicidade individual na convivência familiar).

Importa destacar que, em que pese as hipóteses enunciadas nas letras ‘c’, ‘e’ e ‘g’, possuem as características de afetividade, estabilidade e convivência pública, necessárias para configurar uma família, estas não são tuteladas pela ordem jurídica brasileira, de maneira que tais relações são reconhecidas jurisprudencialmente como mera sociedade de fato⁵. A doutrina esclarece que, felizmente, são cada vez mais frequentes as decisões judiciais que atribuem consequências jurídicas às relações homoafetivas, tendo em vista que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Ainda, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto, pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Carta Magna consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana (Dias, 2007). Além disso, não cabe negar direito às uniões homoafetivas com o fundamento de ausência de lei sobre o tema, já que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), ao definir família,

⁵ A sociedade de fato é a que se forma do acordo entre duas ou mais pessoas para a exploração de negócios em comum, sem atender às formalidades legais de registro de contrato e de firma (De Plácido e Silva, 2004, p. 1315).

incluiu no seu conceito as uniões homoafetivas, *in verbis*:

Art. 2º **Toda mulher, independentemente** de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (grifo nosso).

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual** (grifo nosso).

Nesse contexto, a amplitude em reconhecer outras espécies de família ocorre porque, hoje em dia, os indivíduos se relacionam e criam vínculos com base no afeto e na realização pessoal na convivência familiar e não mais por interesses patrimoniais como outrora. Ademais, a família é constitucionalmente reconhecida como a base da sociedade e possui proteção especial do Estado, de maneira que nenhuma relação familiar possa ser discriminada.

2.2.3 Princípios da família

O Direito de Família e todas as entidades familiares são regidos por princípios constitucionais que, para Lôbo (2009), podem ser assim agrupados: princípios fundamentais (dignidade da pessoa humana e solidariedade) e princípios gerais (igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança e do adolescente).

Para o autor, a ordem jurídica brasileira é perpassada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. No mais, com o decorrer dos séculos, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da efetivação desses princípios e da responsabilidade que presidem as relações familiares em nossa sociedade.

2.2.3.1 Princípios fundamentais

2.2.3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Carta Magna proclama tal princípio como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), e, no plano familiar, garante o pleno desenvolvimento e realização de seus membros, em especial à criança e ao adolescente (arts. 226, parágrafo 7º e 227).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios que irradia todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, etc. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas pode ser identificada como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções (DIAS, 2007).

Lôbo (2009, p. 37) define que esse princípio é “essencialmente comum a todas as pessoas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

2.2.3.1.2 Princípio da solidariedade familiar

A Constituição o elenca entre os objetivos fundamentais do Estado, de maneira a possibilitar uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), assim como determina à sociedade, ao Estado e à família o dever de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança, ao adolescente (art. 227) e ao idoso (art. 230).

Lôbo *apud* Massimo (2009) explica que a solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

Dias (2007, p. 63, grifo da autora) assevera que esse princípio “tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende **fraternidade** e a **reciprocidade**”.

2.2.3.2 Princípios gerais

2.2.3.2.1 Princípio da igualdade

A Constituição defende a igualdade entre todos. Assim, no Direito de Família, também defende a igualdade entre homem e mulher (art. 5º, I), entre cônjuges/companheiros (art. 226, parágrafo 5º), entre filhos (art. 227, parágrafo 6º) e entre entidades familiares (art. 226, *caput*).

Lôbo (2009) explica que a Constituição de 1988 igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, destacando que a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, uma vez que sua existência caracterizava a discriminação de certos membros.

Dias (2007) define que o princípio da igualdade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível que o sistema jurídico assegure tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos, pois a ideia central de garantir a igualdade está ligada à ideia de justiça.

2.2.3.2.2 Princípio da liberdade

A Carta Magna prevê a livre decisão do casal em realizar o planejamento familiar, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (art. 226, parágrafo 7º).

Lôbo (2009) define que tal princípio diz respeito ao livre poder de escolha da constituição, realização e extinção da família, sem imposição de parentes, sociedade ou Estado. É livre a aquisição e administração do patrimônio familiar, o planejamento familiar, o modelo educacional, cultural e religioso e a formação dos filhos, desde que respeitada a dignidade da pessoa.

A liberdade somente existe quando há igual proporção à igualdade, de maneira que a Constituição, ao instaurar o regime democrático de direito, banii discriminações de qualquer ordem (DIAS, 2007).

2.2.3.2.3 Princípio da afetividade

Esse princípio vem sacramentar o elemento primordial que edifica a família contemporânea: os laços afetivos que unem seus membros.

No âmbito do Direito de Família, esse princípio entrelaça-se com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, ao comprovar que os membros da família estão unidos por sentimentos que preservam entre si e não por ordem exclusivamente biológica (LÔBO, 2009).

Carbonera (2000) explica que, embora a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional, contudo, ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora de tutela jurídica as uniões estáveis, significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista, com maior espaço para o afeto e a realização pessoal.

2.2.3.2.4 Princípio da convivência familiar

A convivência familiar é a relação afetiva entre as pessoas que compõem o grupo familiar, independente da existência de laços de parentesco.

A Carta Magna expressa que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária (art. 227, caput). A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança defende que, na medida do possível, a criança conhecerá seus pais e será cuidada por eles, bem como, nos casos de separação, a criança terá o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com um ou ambos os pais de quem esteja separada, a menos que seja contrário aos interesses da prole (arts. 7º e 8º).

O direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta por pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito, deve considerar a abrangência da família, sendo que, na maioria das comunidades brasileiras, é natural a convivência com avós e tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário (LÔBO, 2009).

2.2.3.2.5 Princípio do interesse da criança e do adolescente

A Constituição Federal (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 6º) atribuem ao indivíduo menor de 18 anos condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, por se tratar de um ser em formação, que difere dos adultos moral e fisicamente, tem garantido a efetivação de seus direitos, sendo dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurá-los.

A doutrina esclarece que não é possível reduzir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em um conceito limitado:

Sua noção não se encontra em tabelas existentes previamente. Desta sorte, pretender defini-lo é tarefa inútil, pois o critério só adquire eficácia no exame prático do interesse em questão. Ele não é um fim em si mesmo, mas um instrumento operacional à determinação da guarda utilizada pelo juiz. É o juiz que, examinando a situação fática, determina a partir de elementos objetivos e subjetivos qual é, verdadeiramente, o interesse de determinado menor em determinada situação de fato (GRISARD FILHO, 2009, p. 76)

Em que pese ser imprecisa a definição desse princípio, já que somente atinge sua eficácia na análise do caso concreto, o ponto de partida é comum a toda criança e adolescente, ou seja, independente da relação familiar em que está inserida, terá garantido com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse sentido, Lôbo (2009) explica que 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, de maneira que a aplicação da lei sempre deverá considerar o princípio do interesse da criança, tutelando-se os filhos como seres prioritários, titulares de direitos juridicamente protegidos.

2.3 Conceito e características da autoridade parental

O poder familiar, antigo pátrio poder, passou a ter essa denominação através do Código Civil de 2002, frente a novos valores sociais que foram alterando a compreensão dessa responsabilidade dos pais em relação aos filhos. Em legislações estrangeiras, tal instituto é conhecido como ‘poder parental’, ‘autoridade parental’ ou ‘responsabilidade parental’.

No Brasil, vários juristas ainda discutem a denominação que foi dada a esse direito/dever, pois sustentam que mais adequado seria nomear de autoridade parental, uma vez que autoridade expressaria claramente a função dos pais para com seus filhos e parental estaria melhor relacionada à figura de ambos os genitores.

Assim, em que pese a questão terminológica não ser pacífica entre os doutrinadores, importa destacar que foi necessária a alteração do termo pátrio poder para poder familiar na nova legislação civil, para que ficasse expresso que existe igualdade de sexos na sociedade em geral e na sociedade conjugal, sendo responsabilidade conjunta do pai e da mãe a proteção dos filhos.

Tendo em vista que a denominação autoridade parental alcança com maior abrangência o significado dos direitos e deveres entre pais e filhos, o presente trabalho utiliza tal expressão ao se referir a esse conjunto de direitos e deveres.

A autoridade parental é exercida pelos pais em colaboração de igualdade e sempre objetivará o melhor interesse dos filhos, destacando-se que alguns autores entendem que os direitos e deveres são atribuídos tanto aos pais como aos filhos, porque existem deveres mútuos como respeito, auxílio e assistência (LÔBO, 2009).

Akel (2009, p. 11, grifo da autora) compara o antigo pátrio poder com a atual autoridade parental:

Enquanto nas civilizações antigas, como visto em Roma, por exemplo, a *potestas* representava um poder incontestável do chefe da família, ou seja, inspirava-se nas idéias de predomínio e submissão, no direito moderno, esse predomínio dos genitores transformou-se, nitidamente, em autoridade protetora da prole e a submissão cede lugar a dependência, em nome e sob controle da lei. Nesse enfoque, a subordinação dos filhos aos pais, que devem sempre se manter em superior interesse da prole que necessita de proteção, direção e atuação dos genitores em defesa de seus objetivos.

Na visão de Rodrigues (2004, p. 356), a autoridade parental é “um conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Para Akel (2009) a autoridade parental é irrenunciável, porque é vedado aos pais se absterem do dever de criar e zelar pelos filhos; é intransmissível, indisponível e inalienável, porque decorre da filiação, e não pode ser cedida a terceiros por iniciativa de seus titulares; é personalíssima, porque somente é atribuída a quem possui a qualidade de pai e mãe; é imprescritível, porque não é

extinta pelo desuso, sendo seu descumprimento punido com sanções; é indivisível, porque não pode ser fragmentada, mesmo na separação entre pai e mãe, devendo ser exercida em colaboração e é temporária, porque será exercida até os filhos alcançarem a maioridade ou serem emancipados.

Diante do exposto, conclui-se que a autoridade parental, por ser exercida sempre atendendo aos interesses dos filhos, constitui-se mais em um dever do que em um poder.

2.4 Natureza jurídica da autoridade parental

A natureza jurídica atribuída à autoridade parental não é pacífica na doutrina. Em síntese, pode-se asseverar que a ideia contemporânea encara este instituto como um direito/poder/dever.

Para Grisard Filho (2009), analisando a autoridade parental sob o enfoque de que decorre da filiação, seja natural ou por adoção, que impõe aos pais o dever de proteger, cuidar, educar e zelar pelos interesses dos filhos desde o nascimento até o momento em que alcancem condições físicas e mentais de serem independentes, pode-se considerar que esse instituto é um direito-função.

Para Akel (2009), analisando a autoridade parental sob o enfoque de um encargo decorrente da condição de pai e mãe, em que existe uma submissão dos pais frente às necessidades dos filhos, pode-se considerá-la como um poder-dever, onde os pais são os titulares do poder e os filhos, os titulares do interesse.

Dessa maneira, embora haja divergência entre os doutrinadores em definir a natureza jurídica da autoridade parental, a doutrina é pacífica quanto à finalidade do instituto, de maneira que, na sua aplicação, o importante é que os pais a exerçam em conjunto, sempre objetivando atender aos interesses dos filhos.

2.5 Conteúdo da autoridade parental

O Estado se faz presente no desenvolvimento da criança e do adolescente através da lei, zelando por seus interesses pessoais e patrimoniais, apontando os direitos e deveres dos genitores e da prole e cuidando para que não ocorram arbitrariedades por parte dos pais e de terceiros. A lei determina aos pais um

conjunto de direitos e deveres para com seus filhos, que se dividem em duas categorias: a primeira de cunho pessoal, relativa à pessoa dos filhos e a segunda de cunho patrimonial, relativa a seus bens (GRISARD FILHO, 2009).

Na constância do casamento, os pais exercem a autoridade parental conjuntamente, decidindo em comunhão as questões que envolvam os filhos. Com a dissolução da sociedade conjugal, encerra-se a relação marital, jamais a relação entre pais e filhos, mantendo-se os mesmos direitos, deveres e responsabilidades. Somente em casos restritos que prejudiquem o interesse dos filhos é que pai ou mãe perderão o exercício da autoridade parental, como se verá mais adiante.

O art. 1.634 do CC elenca os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos: dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, nomear-lhes tutor, representá-los, assisti-los, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição.

2.5.1 Criação e educação

Toda criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da sua família, assegurada a convivência familiar e comunitária, bem como cabe aos pais o dever de criar e educar a prole (arts. 19 e 22, ECA). Em contrapartida, os pais têm o direito de exigir respeito e obediência (art. 229, CF; art. 1.634, I, CC e art. 22, ECA).

Dias (2007) explica que a lei determina aos pais o dever de dirigir a criação e educação dos filhos, mas nada dispõe sobre o modo que devem executar estes encargos parentais, porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros e pela conveniência das decisões tomadas.

Embora não haja previsão legal que conceitue os deveres de criação e educação, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança estabelece algumas diretrizes:

Art. 29: Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:
a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial;

- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

No mesmo sentido, é o que dispõe a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 205, CF. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 53, ECA. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 - II - direito de ser respeitado por seus educadores;
 - III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
 - IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;
 - V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
- Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Carbonera (2000) defende que a noção de educação é mais ampla e contém em si a preparação para todos os aspectos da vida, desde o mais simples até os mais complexos, consistindo em participar da vida do filho protegendo-o, dando-lhe liberdade, colocando limites em suas ações, portando-se como exemplo.

Assim, o dever de criação é o de tornar os filhos úteis para si mesmos e para a sociedade, ensinando-lhes como trilhar a vida sem a futura presença dos pais, que devem propiciar grande auxílio nas faculdades físicas, morais, psíquicas, espirituais, religiosas, sexuais, cívicas e profissionais. Criar um filho é prover-lhe sustento material e moral, prestar-lhe assistência médica, estudo, proteção e carinho, buscando que ele absorva valores reais de cidadania, capacitando-o para prover, no futuro, seu próprio sustento e viver em ambiente fraterno e solidário (AKEL, 2009).

2.5.2 Companhia, guarda, vigilância e fiscalização

O art. 22 do ECA em concordância com o art. 1.634 do CC estabelece que é

dever dos pais sustentar, guardar e educar os filhos enquanto crianças e adolescentes, sendo a guarda um direito porque permite aos pais manter o filho junto a si, reger sua conduta, reclamar de quem o detenha ilegalmente, proibir que frequente certos lugares e ande em companhias maléficas e, ao mesmo tempo, é um dever, porque cabe aos pais vigiar e fiscalizar os atos de seus filhos e orientá-los a seguir uma vida correta.

Akel (2009) defende que o direito de guarda está intimamente ligado ao dever de vigilância e fiscalização, pois os genitores, no dever de criar o filho, devem estar atentos a lhes propiciar condições de desenvolverem sua formação moral, sendo-lhes permitido fixar horários de estudo, trabalho e lazer.

Igualmente é o entendimento de Diniz (2002) que defende que, como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores de 18 anos que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange necessariamente o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral da prole.

2.5.3 Conceder ou negar o consentimento para casarem

Como expressa o art. 1.517 do CC, os filhos menores de 18 anos e maiores de 16 anos são relativamente incapazes e necessitam da autorização expressa dos pais ou de seu representante legal para se casarem.

Akel (2009) ensina que, nesses casos, os pais ainda são responsáveis pelo filho e devem verificar se o casamento será benéfico para seu desenvolvimento. Havendo divergência entre os genitores no consentimento do matrimônio, recorre-se ao juiz para solucionar o conflito, e, sendo injusta a denegação do consentimento, o magistrado poderá supri-la (arts. 1.517, parágrafo único e 1.519, CC).

2.5.4 Nomeação a tutor

Akel (2009) ensina que a tutela testamentária é o direito conferido ao pai ou a mãe que, detendo a autoridade parental, pode, por testamento ou documento idôneo, nomear um tutor que será responsável pelo filho menor na ausência do outro cônjuge. Diniz (2002, p. 453) destaca que “ninguém melhor que o genitor para escolher a pessoa a quem confiar à tutela dos filhos”.

Importante destacar que o genitor somente poderá confiar os cuidados dos filhos à terceiros, quando o outro genitor for falecido ou incapaz de exercer a autoridade parental. Do contrário, a nomeação é nula (art. 1.730, CC).

2.5.5 Representação e assistência

Grisard Filho (2009) explica que, enquanto os filhos forem crianças e adolescentes, estarão proibidos de atuar no tráfego jurídico, dada sua inexperiência. Para impedir que se submetam a atos ruinosos a si mesmos e a seu patrimônio, a lei os coloca sob proteção e orientação dos pais.

O Código Civil estabelece que os indivíduos menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, necessitando de representação para todos os atos jurídicos, enquanto que os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são considerados relativamente incapazes, necessitando de assistência em seus atos, sob pena de anulação ou nulidade (arts. 3º, I e 4º, I, CC).

Para Akel (2009), a assistência é uma complementação necessária para a validade de ato praticado, enquanto que a representação é o ato pelo qual uma pessoa substitui a outra na realização de determinado ato jurídico, de maneira que os efeitos serão produzidos sobre o representado.

Por fim, nas hipóteses em que os interesses dos pais colidirem com os interesses dos filhos, o juiz nomeará curador.

2.5.6 Deveres dos filhos em relação aos pais

Akel (2009) explica que os pais devem exigir de seus filhos obediência e respeito, devendo, no entanto, esse respeito ser recíproco, pois, ausente a harmonia no lar, poderá ocorrer a suspensão ou a perda da autoridade parental.

Diniz (2002) ensina que os pais podem exigir de seus filhos a prestação de serviços de acordo com sua idade e condição. Tais serviços versam principalmente na colaboração dos serviços domésticos, mas podem versar sobre o serviço prestado para contribuição do sustento da família, em que, a partir dos 14 anos pode-se exercer funções de aprendiz e, a partir dos 16 anos, pode-se trabalhar, de acordo com o art. 7º, XXXIII, CF.

Por fim, ainda no que toca ao conteúdo da autoridade parental, o art. 1.689 do CC confere aos pais o usufruto e administração dos bens dos filhos, enquanto crianças e adolescentes, sob sua autoridade. Os pais devem decidir conjuntamente as questões relativas à pessoa dos filhos e a seu patrimônio e, em casos de divergência, poderão recorrer ao juiz para solucionar o conflito.

2.6 Extinção, suspensão e perda da autoridade parental

Em sua obra, Akel (2009) explica que a autoridade parental é um múnus público, sujeito à fiscalização e controle do Estado, na hipótese de haver alguma incompatibilidade em seu exercício.

O art. 1.635 do CC estabelece que a autoridade parental extingue-se com a maioria ou emancipação dos filhos, com a morte dos pais ou dos filhos, com a adoção ou por decisão judicial. Assim, a extinção ocorre quando se encerra o exercício do direito sobre os filhos e, exceto quanto à decisão judicial, a extinção não tem caráter punitivo, sendo apenas uma consequência natural.

O art. 1.637 do CC determina a suspensão da autoridade parental nos casos em que pai ou mãe abusarem de sua autoridade, faltarem aos deveres a eles inerentes ou arruinarem os bens da prole, cabendo ao Estado intervir por meio do juiz, que pode, de acordo com a gravidade da falta, suspender temporariamente o exercício da autoridade parental. Dentre as situações que caracterizam a falta dos deveres dos pais perante seus filhos, cita-se a exigência de serviços excessivos, privação de alimentos e descuido de atos que coloquem em perigo a prole. Lôbo (2009) destaca que a suspensão poderá ser total ou parcial, privando o genitor infrator de todos (ou de determinados) direitos que emanam da autoridade parental. Igualmente será suspensa a autoridade parental do genitor condenado por sentença irrecorrível, por prática de crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão⁶.

⁶ Maria Berenice Dias alega ser “desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de condenação do guardião, cuja pena exceda a 2 anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal apenação não implica necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semi-aberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento da pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (CP 33 § 2.º c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44). Ao depois, existem creches nas penitenciárias femininas, e as mães ficam com os filhos em sua companhia, ao menos enquanto forem de tenra idade. Como a suspensão visa a atender ao interesse dos filhos, descabida a sua imposição de forma discricionária, sem qualquer atenção ao interesse da prole” (Dias, 2007, p. 387).

Levy (2008) explica que a sanção de suspensão tem caráter provisório, com duração determinada com o interesse de preservar os interesses dos filhos, vigorando enquanto perdurar a situação que lhe deu causa. Comprovando o genitor infrator que cessou a causa que ensejou a punição, o direito do exercício da autoridade parental é restabelecido. Lôbo (2009) destaca que, no interesse dos filhos e da convivência familiar, a suspensão somente deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado.

Akel (2009, p. 50) manifesta-se quanto à suspensão da autoridade parental na hipótese de interdição do genitor:

A suspensão do exercício do poder na hipótese de interdição justifica-se pelo fato de que o interditado não possui capacidade para reger sua própria pessoa e administrar seus bens, que dirá em relação aos filhos. Assim se um dos pais não tiver condições de exercer e praticar os atos da vida civil deverá ser afastado do exercício do poder familiar, pois há risco de prejuízo à prole, que não deve ficar à mercê de circunstâncias e condições atípicas.

O artigo 1.638 do CC estabelece que ocorrerá a perda da autoridade parental ao pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, o abandonar material ou moralmente, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou quando incidir diversas vezes em faltas que autorizem a sua suspensão.

Lôbo (2009, p. 284-285) manifesta-se quanto ao castigo imoderado:

Como resquício do antigo pátrio poder, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo “moderado” dos filhos. O Código Civil, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer. Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. (...) Portanto na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo.

Grisard Filho (2009) explica que a perda da autoridade parental é a sanção civil mais grave e, por tal razão, atinge somente a um dos pais, restando ao outro o exercício exclusivo do encargo. Quando este também não tiver condições para assumir a responsabilidade, será nomeado pelo juiz um tutor à criança ou ao adolescente. O autor lembra que, mesmo ocorrendo a perda da autoridade parental, o genitor infrator continua obrigado a prestar alimentos à prole, pois sua obrigação decorre do vínculo de parentesco e não do exercício da autoridade parental.

Em que pese o artigo 1.635, V, do CC dispor que a perda da autoridade parental é definitiva, impossibilitando que o genitor infrator seja reconduzido a seu exercício, há que se considerar o art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal, ao estabelecer que não haverá, no território brasileiro, penas de caráter perpétuo. Assim, o genitor que deu causa à aplicação da sanção de perda, ao comprovar que deu fim a tal situação, poderá requerer ao juiz a reintegração do exercício da autoridade parental por meio de sentença judicial, desde que o filho não tenha sido colocado em família substituta permanente (adoção) (AKEL, 2009).

Compete à Justiça da Infância e da Juventude julgar as ações de destituição da autoridade parental, que terão início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse. Consideram-se interessados o outro titular da autoridade parental, o tutor, os ascendentes e descendentes e demais parentes que possam assumir a tutela da criança ou do adolescente. A sentença será averbada no registro do nascimento da criança ou do adolescente (LÔBO, 2009).

Dessa maneira, a autoridade parental deve ser exercida pelos pais com a finalidade de proteger, criar e educar a prole, sempre com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente e seu exercício somente será alterado quando for constatada a ocorrência de abusos e descumprimento desse dever, momento em que o Estado, através da figura do juiz, determina sanções ao genitor infrator, desde a modificação da autoridade parental até o extremo da destituição desse exercício, dependendo do grau do descumprimento das obrigações. Por fim, comprovando o genitor infrator que cessaram as causas que determinaram a punição, o exercício da autoridade parental poderá ser retomado por meio de sentença judicial.

Diante da importância do instituto na vida familiar, no próximo capítulo aprofundar-se-á o estudo da guarda.

3 GUARDA E PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Constituição Federal, em seu art. 227, assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

3.1 Conceito de guarda

De Plácido e Silva (2007) explica que a palavra ‘guarda’ deriva do antigo alemão ‘*warten*’ (guarda, espera), de que proveio também o inglês ‘*warden*’ (guarda), de que se formou o francês ‘*garde*’, sendo empregada em sentido genérico para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

O mesmo autor define a guarda de filhos como uma locução indicativa, seja do direito, seja do dever, sendo competência dos pais de tê-los em sua companhia ou de protegê-los nas diversas circunstâncias que a lei prevê. Ainda, nesse sentido, guarda tanto significa a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Levy (2008) explica que a expressão ‘guarda’, no âmbito do Direito, está ligada a vários institutos jurídicos, mas mais especialmente no Direito de Família, está a guarda de filhos, que se refere à proteção do filho, criança ou adolescente (autoridade parental e tutela) e maior incapaz (curatela).

A tutela é a instituição estabelecida por lei para a proteção da criança ou adolescente órfão, ou sem pais (destituição da autoridade parental), que não possam, por si só, dirigir suas pessoas e administrar os seus bens, em virtude do que se lhes dá um assistente, ou representante legal, chamado de tutor (DE PLÁCIDO E SILVA, 2007). A doutrina diferencia os institutos de autoridade parental

e tutela:

Enquanto o poder familiar é exercido sem controle do Estado, a tutela é fiscalizada pelo juiz. A tutela é temporária, servindo o tutor por dois anos, prorrogáveis. No poder familiar o genitor tem o usufruto sobre os bens dos filhos, o que não ocorre na tutela. No poder familiar a venda de bens do menor exige autorização judicial, enquanto na tutela, além da autorização, a venda só pode ser feita em *hasta pública*. Somente com autorização do juiz o tutor pode emancipar o menor. A tutela é unipessoal, ao passo que o poder familiar é exercido conjuntamente pelos pais. A tutela é incompatível com o poder familiar e só pode ser deferida se deste decair o genitor. O poder familiar decorre do fato da filiação. A tutela decorre da lei (GRISARD FILHO, 2009, p. 96, grifo do autor).

A guarda de que cuida o art. 33 do ECA é a modalidade de colocação da criança ou do adolescente em família substituta, sendo compatível com a guarda que se dá quando exercida pelos próprios pais, pois também há o dever de assistência material e moral com a prole.

A legislação brasileira preceitua que a guarda dos filhos é dever dos pais, encontrando-se inserida no Código Civil entre as atribuições da autoridade parental, e, no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre os deveres parentais, determinando aos genitores o dever de sustento, guarda, educação, prestação de assistência material, moral e educacional da prole.

A doutrina julga uma tarefa árdua conceituar tal instituto, pois o conceito deve abranger os múltiplos direitos e deveres que dele decorrem:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, como diz o art. 33, § 1.º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC (GRISARD FILHO, 2009 p. 58).

Levy (2008) defende que, em sentido amplo, a guarda é o exercício da autoridade parental, embora seja possível o exercício da guarda sem a titularidade da autoridade parental (guarda provisória exercida por terceiro) e a titularidade da autoridade parental sem o exercício de guarda (casal que se separa e a guarda da criança fica com a mãe). Entretanto, para a autora, o efetivo exercício da autoridade parental é exercido por meio da guarda, pois o genitor, para exercê-la, precisa estar em contato com o filho, ainda que este contato não seja contínuo, como é o caso de casais separados, em que o genitor não guardião convive com o filho da maneira que for estabelecida.

Assim, verifica-se que existe um nexo entre autoridade parental e guarda,

contudo, tais institutos não se confundem, porque o primeiro tem natureza própria, que advém da filiação, enquanto que o segundo é um dos elementos que o compõe.

Tal afirmação se comprova pela doutrina, que diz da guarda o que diz da posse, segundo a Teoria de Ihering:

(...) quando a coisa está em poder do proprietário, nenhum interesse oferece o exame da posse, mas que se torna necessário quando a coisa passa do proprietário para alguém que dela se aproveita. Assim também na guarda: só em face do conflito entre pretendentes à guarda é que se tornam aplicáveis os princípios que regem o tema (GRISARD FILHO apud CAHALI, 2009, p. 69-70).

Assim, compara-se a posse e o domínio com a guarda e a autoridade parental. Grisard *apud* Cahali (2009) defende que a posse é o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde, como a guarda também é o exercício de fato de um dos atributos inerentes à autoridade parental, mas não se confunde com este, sendo que ambos podem ser exercidos por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, como a concessão de guarda a um dos genitores, não extingue a autoridade parental do outro.

Dessa maneira, a guarda de filhos é um dos atributos da autoridade parental, e, entre todos, o mais importante, tendo em vista que é por meio dela que os genitores convivem com seus filhos, protegendo-os, sustentando-os, educando-os e prestando-lhes assistência material, moral e educacional.

3.2 A guarda por homologação ou por decisão judicial

A autoridade parental é exercida de maneira conjunta na constância da relação conjugal em que pai e mãe decidem, em comum acordo, os aspectos inerentes à vida dos filhos, sempre objetivando alcançar os interesses da criança e do adolescente, sendo a guarda um dos elementos que compõe este direito/dever.

A lei prevê que a autoridade parental decorre da filiação, o que não importa se os genitores são casados, separados, divorciados, nunca conviveram entre si, ou contraíram novas núpcias, em nada se modificam os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia integralmente. O importante é que a atribuição da guarda a um dos genitores não restringirá o exercício da autoridade parental do outro.

Surge a necessidade de ser discutido o direito de guarda na ruptura do vínculo conjugal, que se dá de diversas maneiras: separação judicial, separação de corpos, separação de fato, divórcio, dissolução da união estável. Há ainda, as situações em que o casamento é invalidado e entre pais que nunca conviveram. No entanto, o fator determinante na escolha do modelo de guarda de filhos, conforme determinam os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados recentemente por meio da Lei nº 11.698/2008 (ANEXO A), é se esta escolha será consensual ou litigiosa entre os genitores, podendo a guarda ser unilateral ou compartilhada.

3.2.1 A guarda decorrente do consenso entre os pais

Na ruptura do vínculo conjugal, quando há consenso entre os genitores na aplicação da modalidade de guarda dos filhos e este arranjo atender aos interesses da prole, o acordado entre as partes será homologado pelo magistrado.

Assim, o ajuste entre os pais não prevalece contra os interesses dos filhos e, nestes casos, o juiz não homologa o acordo e decide a guarda com base no caso concreto em que buscará elementos que lhe mostrem os efetivos interesses da prole naquela situação.

Nesses casos, o juiz pode contar com a colaboração de psicólogos e psiquiatras para asseverar o que é melhor para os filhos na família em que estão inseridos, para então determinar como se dará a guarda, podendo ser compartilhada, unilateral, concedida a terceiros (quando o magistrado verifica que o filho não deve permanecer sob a guarda de ambos os pais) ou ainda, havendo motivos graves, o magistrado poderá regulá-la de maneira diferente do que estabelece a lei (art. 1.586, CC).

3.2.2 A guarda decorrente da decisão judicial

A questão da guarda independe da causa que deu origem ao fim do relacionamento conjugal, pois sempre será resolvida enfocando a ótica do bem-estar dos filhos.

Acompanhando essa evolução, o novo Código Civil estabelece em seu art. 1.584, que não havendo acordo entre os genitores, a guarda se dará por decretação

judicial, em que o juiz, em atenção a necessidades específicas dos filhos, aplica uma modalidade de guarda que melhor se aplique ao caso concreto. Tal instituto é tão relevante que o juiz tem discricionariedade para decidir diferente do que determina a lei, se assim melhor atender aos interesses dos filhos.

A legislação preceitua que, sendo possível, a modalidade da guarda compartilhada deverá ser aplicada, por entender que a presença de ambos os genitores, na maioria das vezes, atende melhor aos interesses dos filhos. Grisard Filho (2009) define que a lei manifesta clara preferência pelo modelo da guarda compartilhada, por entender que, além de atender às necessidades específicas dos filhos, também é uma solução para o desacordo entre os pais, pois, ambos estando em patamar de igualdade nas decisões que envolvam os filhos, nenhum se sentirá prejudicado em seu direito de exercer a autoridade parental.

Na audiência de conciliação é dever do magistrado informar aos pais a importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada.

Ainda, para verificar a situação fática da família em que a criança ou adolescente está inserida, pode o magistrado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para fundamentar sua decisão.

Quintas (2009) destaca que a atuação desses profissionais auxiliares da justiça como assistentes sociais, psicólogos, médicos, entre outros, não devem consistir em um único caminho a ser seguido pelo juiz, mas como um elemento a mais de exame, que colocará em apreciação as condições de vida materiais, sociais e psicológicas que os pais irão proporcionar aos filhos. Grisard Filho (2009) explica que, nesses casos, o juiz é o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais do filho, seguindo o princípio da máxima particularidade no qual cada caso é um caso.

A doutrina destaca que a guarda de filhos poderá ser deferida à terceiros:

Verificando que os filhos não devem comparecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, o que reafirma a orientação do direito moderno no sentido de, efetivamente, resguardar o bem estar dos filhos (GRISAR FILHO, 2009, p. 73).

Dessa maneira, havendo litígio entre as partes que envolvam a questão da guarda de filhos, caberá ao juiz, por meio de decisão judicial, estabelecer uma modalidade de guarda que melhor atenda aos interesses da prole, podendo contar com a ajuda de profissionais para averiguar o caso concreto e formar a sua opinião, podendo inclusive determinar um modelo de guarda que não esteja previsto em lei, se esse arranjo preservar em primazia os interesses da prole.

3.3 Critérios de determinação da guarda

O Código Civil estabelece que a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada: será unilateral quando for concedida ao genitor que revelar melhores condições para exercê-la, restando ao genitor não-guardião o direito de convivência e dever de fiscalização; será compartilhada quando a autoridade parental será exercida em co-responsabilidade pelos genitores que decidirão em comum acordo os aspectos importantes da vida dos filhos.

Nesse sentido, havendo consenso entre os genitores, o arranjo, atendendo aos interesses da prole, será homologado pelo juiz e, em casos de litígio quanto à guarda, cabe ao magistrado determinar uma modalidade e, para isso, deve o juiz analisar o caso em particular, considerando algumas questões em especial.

3.3.1 Interesse da criança ou do adolescente

O critério primordial para atribuição da guarda de filhos é o interesse da criança ou do adolescente. Tais interesses devem ser analisados de acordo com o caso concreto. O magistrado deve buscar elementos que o façam compreender o que é melhor para os filhos na família em que estão inseridos:

Não há que se buscar pai ou mãe ideais, mas avaliar, diante do caso concreto, se aquele pai e aquela mãe possuem condições necessárias para garantir ao filho seus direitos fundamentais, aqui incluído o afeto. Para a realização desta avaliação o magistrado poderá utilizar vários meios, depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, e pode ser auxiliado por um perito no assunto, um psicólogo, psiquiatra, assistente social. A fim de avaliar o grau de intimidade e conhecimento da relação existente entre os pais e os filhos, o Juiz pode questionar os pais sobre a cor preferida dos filhos, qual a fruta preferida, o nome de seu melhor amigo, o nome da professora, seus medos, suas angústias, boas recordações, momentos que marcaram a vida dos filhos, enfim, questões que demonstram o envolvimento dos pais na vida dos filhos (LEVY, 2008 p. 104-105).

Ressalta-se que a questão econômica não é fator decisivo para a determinação da guarda, pois também devem ser consideradas as necessidades, físicas, morais e espirituais da prole. Grisard Filho (2009) explica que o interesse econômico não deve ser tomado em conta de maneira isolada, pois caso o não-guardião disponha de maiores recursos, este estará obrigado a transferi-los aos filhos na forma de alimentos.

O interesse da criança e do adolescente envolve aspectos de cunho mais geral como desenvolvimento físico e moral, qualidade de suas relações afetivas, sua inserção no grupo social, idade, sexo, irmandade, apego ou indiferença a um de seus pais, estabilidade moral e material dos pais (LEITE, 2003).

3.3.2 Idade e sexo

O melhor interesse do filho pode não estar relacionado com sua idade e sexo. No que se refere a filhos de tenra idade (com até três anos), a doutrina defende que o melhor para a criança é estar na presença da mãe:

Há o período de aleitamento materno e os primeiros cuidados tão necessários ao desenvolvimento sadio do filho. Não que o pai não possa fazê-lo, mas a realidade da vida demonstra que o cordão umbilical, na grande maioria das vezes, não é cortado no momento do nascimento do filho, mas ao longo da vida, e o que não se dirá nos primeiros anos... Dificilmente um filho pequeno troca o colo da mãe pelo de outra pessoa qualquer. Sossega seu choro mais facilmente no aconchego maternal. O melhor pai reconhece esse fato da vida e o respeita (LEVY, 2008, p. 109).

Contudo, somente a análise do caso particular permite asseverar qual a modalidade de guarda que deverá ser aplicada. A legislação atual não leva em conta o gênero dos filhos como critério determinador da guarda, pois o que interessa é o bem-estar do filho, independentemente de seu sexo. Não existe inconveniente de se atribuir a guarda de uma filha a um pai de bons princípios e dotado de boa visão educativa, em face da mãe que não sabe valorar as exigências éticas e as relações sociais. Do mesmo modo, não se há de negar a guarda de um filho a uma mãe, embora não possua grande cultura, porém moralmente sã, em detrimento de dá-la a um pai de uma vida irregular (GRISARD FILHO, 2009).

Assim, idade e sexo podem ser fatores considerados na escolha da guarda dos filhos, mas não são regra a todos os casos, pois cada situação possui peculiaridades dignas de serem observadas, e, somente de maneira criteriosa e

atenta ao caso em questão, o magistrado decide da melhor maneira o futuro da prole.

3.3.3 Irmãos juntos ou separados

Doutrina majoritária defende que os irmãos devem se manter unidos, morando sob o mesmo teto, a fim de ser-lhes proporcionada maior estabilidade emocional. Nesse sentido:

Estabilidade e continuidade nas relações familiares devem ser preservadas ao máximo. A continuidade das relações da criança com o ambiente extrafamiliar de origem, seus amigos, seus avós, tios e primos, enfim, seus laços afetivos não podem ser rompidos, salvo se configurarem uma ofensa a seu melhor interesse (LEVY, 2008, p. 110).

Semelhante é o entendimento de Grisard Filho (2009, p. 80):

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família. Perde razão esse critério, quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades.

Assim, sempre que possível, na dissolução da sociedade conjugal, os filhos deverão ser mantidos juntos, morando com o mesmo genitor, com o intuito de manter preservados os laços familiares, ainda que a realidade esteja modificada.

3.3.4 A opinião da criança e do adolescente

O ECA preceitua que criança e adolescente somente manifestarão sua opinião nos casos em que forem colocados em família substituta, quedando-se silente quanto à opinião do filho no momento de escolha da modalidade de guarda, após a dissolução familiar.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, estabelece em seu art. 12 que a criança tem o direito de expressar sua opinião sobre questões que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração.

Tal entendimento é praticado nas audiências das varas de família, em que o filho, dependendo das circunstâncias e de seu grau de discernimento, é ouvido como forma de elemento investigatório da situação fática, contudo sua opinião não

ficará vinculada à decisão do magistrado. Nesse sentido:

(...) são crianças e devem-se tomar cuidados com sua frágil situação, propiciando-lhes um clima amistoso e respeitoso. De preferência, a criança não deve estar acompanhada por seus pais, para não sofrer constrangimento ainda que implícitos. Deve ser ouvida e não “argüida”. Deve ser respeitada em suas limitações e jamais deve ser instigada a escolher entre seus pais (LEVY, 2008, p. 107, grifo da autora).

Dessa maneira, os filhos podem ser ouvidos para que expressem sua opinião, contudo não serão questionados quanto à vontade de ficar com um dos genitores, e suas declarações serão apenas um meio de investigar a situação familiar, não ficando vinculada à decisão do juiz.

3.3.5 Comportamento dos pais

Asseverar a melhor modalidade de guarda dos filhos exige análise do caso concreto, em que são considerados a idade e o sexo do filho, a existência de irmãos, a opinião da prole e a conduta dos pais.

Nesse sentido, a determinação da modalidade de guarda é uma via de mão dupla:

Se por um lado, a discricionariedade do juiz leva em consideração as necessidades do menor, por outro, também são levadas em consideração as condições que cercam os pais, sejam materiais (profissão, renda mensal, habitação), sejam morais (ambiente social, idoneidade, retidão de caráter) (GRISARD FILHO, 2009, p. 82-83).

Assim, para ser o guardião dos filhos, o genitor deve ser pessoa íntegra, de conduta moral, com emprego honesto e residência fixa, apresentando bom relacionamento em sociedade. Ressalta-se que o fato de um dos genitores ser homossexual não impossibilita seu direito de ser guardião da prole, uma vez que a orientação sexual de uma pessoa não é determinante para a formação de seu caráter.

3.4 Modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro

A guarda de filhos advém de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas: uma que decorre da ruptura do vínculo conjugal, e outra de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse trabalho se restringirá à guarda oriunda da primeira hipótese.

O direito brasileiro possui diversas modalidades de guarda, que são aplicadas na análise da situação fática, com o objetivo de atender aos interesses dos filhos.

3.4.1 Guarda comum, desmembrada e delegada

Na constância do casamento, o casal exerce de maneira igualitária a autoridade parental e subentende-se que as decisões tomadas por um são acolhidas pelo outro. Grisard Filho (2009) ensina que essa é a guarda comum, consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar a criança ou o adolescente. Levy (2008) define que se trata da guarda exercida por ambos os pais durante o relacionamento conjugal, sendo um exercício simultâneo, contínuo, comum da autoridade parental e da guarda jurídica e material.

Quando ocorre a ruptura do vínculo conjugal, a situação entre marido e esposa ou entre companheiros (no caso da união estável) é alterada, contudo, a relação entre pais e filhos se mantém. Nesse caso, a guarda tem origem judicial, quando o juiz tem duas alternativas: homologar o arranjo de guarda estabelecido entre os pais (ruptura conjugal consensual), ou aplicar um modelo que melhor se enquadre no caso concreto (ruptura conjugal litigiosa).

Há ainda que se referir à guarda desmembrada e à guarda delegada, relativas aos casos de crianças ou adolescentes abandonados ou em situação de perigo, quando o Estado intervém em virtude da função social.

Grisard Filho (2009) explica que a guarda desmembrada da autoridade parental ocorre quando o Estado intervém por meio do Juizado da Infância e da Juventude, outorgando a guarda a quem não detém a autoridade parental para a devida proteção da criança ou do adolescente. Ao mesmo tempo, ensina o autor, é uma guarda delegada, pois é exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal da criança ou do adolescente, senão a autoridade oficial.

3.4.2 Guarda originária e derivada

Levy (2008, p. 47) ensina que “a guarda é originária quando deriva do direito natural dos pais, da própria filiação, enquanto que a derivada é aquela que deriva da

lei, como forma de substituição da família natural”.

Grisard Filho (2009) define que a guarda originária corresponde aos pais, integrada na autoridade parental, como um direito-dever de plena convivência com a prole, e vice-versa, em que é possibilitado o exercício de todas funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a representação. Quanto à guarda derivada, o autor ensina que é a guarda decorrente da lei e concedida a quem exercer a tutela da criança ou do adolescente, podendo ser um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, ou por meio de um órgão oficial que cumprirá a função social do Estado.

3.4.3 Guarda de fato

É a guarda que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma a criança ou adolescente a seu cargo, sem qualquer procedimento legal ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém lhe são incumbidas as mesmas obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação (GRISARD FILHO, 2009).

Levy (2008, p. 52) explica que a guarda de fato ocorre quando crianças são “amadas, cuidadas e educadas por pessoas que não são seus genitores biológicos e tampouco possuem uma situação jurídica formal, mas que guardam com a criança um forte vínculo de afeto”. A autora atesta que os tribunais, acompanhando a evolução doutrinária que reconhece o afeto como vínculo jurídico, têm reconhecido a capacidade da guarda de fato de gerar efeitos jurídicos e deferido a guarda de direito destas crianças e adolescentes aos seus cuidadores, pais no mais verdadeiro sentido do termo: pais afetivos.

Grisard Filho (2009) complementa que a guarda de fato possui as mesmas obrigações da guarda desmembrada, mas não da guarda delegada, porque não existe qualquer fiscalização do Estado, sendo que o vínculo jurídico estabelecido somente é desfeito por decisão judicial em benefício da criança ou do adolescente.

3.4.4 Guarda provisória e definitiva. Guarda peculiar.

A guarda provisória ocorre quando surge a necessidade de atribuir a guarda a

um dos genitores no curso de um processo de dissolução da sociedade conjugal, como modo primeiro de organizar a vida familiar. A guarda é definitiva quando firmada entre as partes, amigavelmente, ou deferida ao genitor litigante. É assim denominada em sentido estrito, tendo em vista a definitividade naquele procedimento específico. Em sentido amplo, a guarda nunca é definitiva, pois pode ser modificada a qualquer tempo a bem do interesse da prole (LEVY, 2008).

Grisard Filho (2009, p. 86) esclarece:

É a partir da sentença, que homologa ou decreta a dissolução do vínculo conjugal, que o tema adquire um grau de estabilidade, de definitividade – guarda permanente -, impropriamente, porém. Em verdade, a guarda nunca é definitiva, pois seu regime há de seguir a evolução das circunstâncias que envolvem a vida dos personagens.

Assim a definitividade da guarda é relativa, porque poderá ser reavaliada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado pelo juiz, pois sua decisão judicial não faz coisa julgada material, mas tão-somente formal (LEVY, 2008).

Grisard Filho (2009, p. 87, grifo do autor) destaca que “a cláusula *rebus sic stantibus* subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma⁷”.

A guarda peculiar está expressa no art. 33, parágrafo 2º do ECA, sendo deferida excepcionalmente a um guardião que represente a criança ou adolescente em uma situação especial, suprimindo a falta eventual dos pais ou responsável, como a eventual falta dos pais por estarem em local distante.

3.4.5 Guarda exclusiva

A guarda exclusiva, única, monoparental ou unilateral é a modalidade de guarda em que o filho permanece sob os cuidados de um dos genitores, aquele que possuir melhores condições de exercê-la.

Embora seja difícil conceituar quais são as melhores condições para o genitor exercer a guarda, explica-se de maneira geral:

A criança ou adolescente são pessoas em formação física e mental, para o que deve ser observado o melhor ambiente familiar, como base de

7

A cláusula *rebus sic stantibus* significa precisamente o mesmo estado das coisas ou a subsistência das coisas; assim, a denominação atribuída à cláusula explica o próprio conceito: o contrato se cumpre se as coisas se conservarem no estado preexistente de sua estipulação, isto é, desde que não tenham sofrido modificações essenciais (De Plácido e Silva, 2004, p. 1157).

sustentação para os cuidados com a saúde, a segurança e a educação do filho. Para a realização desses fatores também é importante o grupo familiar a que pertence o genitor que pretende ter a guarda do filho. Saúde, não é apenas a curativa, mas, principalmente, a preventiva, com atenção a higiene e a hábitos saudáveis de alimentação e desenvolvimento físico. A segurança diz respeito à integridade física, à liberdade de ir e vir, ao acompanhamento das relações sociais do filho de modo a evitar os riscos com as más companhias, ao acompanhamento do desenvolvimento moral. Por fim, a educação inclui a formação escolar e a formação moral, espiritual, artística e esportiva (LÔBO, 2009, p. 172-173).

Ao genitor não-guardião cabe o direito de convivência e o dever de fiscalização da criação e educação dadas pelo outro genitor à prole (art. 1.583, parágrafo 3º, CC). Embora conste na legislação o termo ‘direito de visitas’, neste trabalho será valorizado o termo “direito de convivência”, por entender-se que traduz mais plenamente seu exercício.

Lôbo (2009, p. 175-176, grifo do autor) manifesta-se quanto ao termo ‘direito de visitas’:

O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (art. 227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica). O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho ‘em sua companhia’ e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o art. 1.589 do Código Civil. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restringido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou convivência.

Levy (2008) salienta que, embora a guarda única seja exercida apenas por um genitor, o exercício de alguns atributos da autoridade parental permanece em conjunto, como nos casos do consentimento para casamento, da emancipação, etc.

A doutrina se manifesta contrária à modalidade da guarda exclusiva, uma vez que privilegia um dos genitores em detrimento do outro:

Então, a titularidade do poder familiar continua intacta, todavia seu exercício será restrito se a guarda for exercida com exclusividade por um dos genitores, já se a guarda for conjunta, exercício e titularidade da autoridade parental não se dissociam, ou seja, a atribuição da guarda a um dos pais não implica na perda do poder familiar, mas na restrição do exercício de seus direitos-deveres. (...) No entanto, o que significa restrição aos atributos do poder familiar se não uma suspensão? Na prática os pais que detêm a guarda, quando da não-convivência ou da separação com o outro genitor, sofrem as mesmas limitações de quem teve o poder familiar suspenso. Ora, se nem mesmo a falta de recursos ou um novo casamento altera a relação entre pais e filhos, por que o fato de os pais não coabitarem o faria? (QUINTAS, 2009, p. 33).

Dessa maneira, a autoridade parental é assegurada aos pais, independente

do estado civil em que se encontrem. Ainda que a guarda esteja condicionada a apenas um dos genitores, a autoridade parental continua sob a titularidade de ambos, cabendo ao não-guardião o direito de convivência com a prole e o dever de fiscalizar sua manutenção.

3.4.6 Guarda por terceiros, instituições

Levy (2008) define que a guarda de terceiros ocorre quando os filhos terão seus interesses melhor resguardados quando estiverem na guarda de uma pessoa que não seja nem seu pai e nem sua mãe. O Código Civil trata do assunto no art. 1.584, parágrafo 5º, ao determinar que o juiz, verificando que o filho não deva permanecer sob a guarda dos pais, 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. Já o ECA trata da guarda de terceiros por meio da família substituta, nos arts. 28 ao 32.

Grisard Filho (2009) salienta que, mesmo nos casos de guarda por terceiros, os pais não ficam dispensados de seus deveres de assistência com a prole. O autor lembra que, não existindo parentes nem estranhos que aceitem o encargo, a criança ou adolescente será colocada em instituição governamental, como última solução a sua guarda, uma vez que o Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais previstos no art. 227 da Carta Magna.

3.4.7 Guarda jurídica (legal) e guarda material (física)

A guarda jurídica é a atribuída por lei como elemento da autoridade parental, voltada à responsabilidade dos pais de decidir o futuro dos filhos, direcionando-os, vigiando-os e protegendo-os. Já a guarda material é a presença da criança ou do adolescente na mesma residência dos pais (QUINTAS, 2009).

Levy (2008) opina que a guarda jurídica refere-se ao exercício dos deveres e direitos inerentes à guarda, ao passo que a guarda material refere-se à convivência contínua com o filho sob o mesmo teto. Para a autora esta é a crítica à guarda exclusiva: o genitor guardião exerce em plenitude a autoridade parental, enquanto que o genitor não-guardião apenas tem o direito à fiscalização e o direito à

convivência, em que o exercício da guarda material ocorre de maneira esporádica.

Igualmente é o entendimento de Grisard Filho (2009) ao definir que a guarda jurídica é exercida a distância pelo genitor não-guardião, enquanto que o genitor guardião exerce a guarda jurídica e a guarda material em toda sua extensão.

3.4.8 Guarda alternada

Grisard Filho (2009) ensina que nesta modalidade, tanto a guarda jurídica como a material são atribuídas a um e a outro genitor, o que implica a alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais.

Quintas (2009) manifesta-se contrária a aplicação da guarda alternada, salientando que esta não deixa de ser uma guarda exercida exclusivamente pelos pais, só que de maneira alternada, pois não há um consenso nem a participação de ambos, mas tomadas de decisões em separado, o que pode colocar o filho em meio a conflitos entre seus pais.

Akel (2009, p. 94, grifo da autora) também possui posicionamento contrário à guarda alternada:

Com efeito, não nos parece saudável criar uma situação de “pingue-pongue” que impede que as crianças criem laços afetivos e emocionais com seus pais, pois, quando se adapta a convivência com um dos genitores, a guarda é transferida ao outro e vice-versa. É necessário que o menor sinta-se protegido, convivendo numa relação segura e estável, habitando um lar certo e determinado, o que não é possível no exercício da guarda alternada. cremos que a alternância entre lares e guardiões impede que ocorra a consolidação dos hábitos diários, da própria rotina existente nos ambientes familiares e dos valores daí decorrentes, tão importantes para a vida e desenvolvimento da prole.

Nesse sentido, a Sétima Câmara Cível do Rio Grande do Sul, julgou em 08/08/2007, o agravo de instrumento nº 70019784917, em que o relator Luiz Felipe Brasil Santos manifestou-se por “totalmente contra-indicada a guarda alternada 'uma semana com cada genitor', pois impede o estabelecimento de rotinas essenciais para a segurança da criança” (ANEXO B).

3.4.9 Aninhamento ou nidação

Nesta modalidade de guarda, ocorre o contrário do que acontece na guarda alternada. Neste caso, são os pais que se revezam, morando por um determinado

período de tempo, alternadamente, na casa onde vive o filho.

Grisard Filho (2009) observa que esses acordos não perduram, pelos altos custos que impõe a sua manutenção, já que são necessárias três residências, uma para o pai, outra para a mãe e outra onde o filho recepciona, alternadamente, os pais.

3.4.10 Guarda jurídica (legal) e material (física) compartilhada

Também chamada de guarda conjunta, é uma modalidade de guarda em que o pai e a mãe resolvem em comunhão os aspectos inerentes à vida dos filhos. Os pais dividem a responsabilidade de criar e educar a prole, possuindo os mesmos direitos e obrigações decorrentes da autoridade parental.

A doutrina garante que esse modelo define os dois genitores como iguais detentores da autoridade parental:

Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Neste contexto, os pais podem planejar a guarda material compartilhada (acordo de visitas ou acesso). Implica a divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que é flexível. (...) A guarda material compartilhada é acompanhada quase sempre pela guarda jurídica compartilhada (GRISARD FILHO, 2009, p. 92).

Carbonera (2000, p. 150) explica a função da guarda compartilhada:

Seu conteúdo transcende a questão de localização espacial do filho pois onde ele irá ficar é apenas um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta.

Embora a guarda compartilhada possibilite a alternância da guarda física, doutrina e jurisprudência apóiam esse arranjo quando a guarda física é atribuída a um dos genitores, e a guarda jurídica a ambos, que exercerão em coresponsabilidade os direitos e deveres da autoridade parental. Destaca-se que a residência única dos filhos se mostra relevante para que estes tenham a referência e estabilidade de um lar, podendo transitar da residência de um genitor para o outro livremente, o que não altera sua residência fixa.

A doutrina apresenta a principal diferença entre a guarda exclusiva e a guarda compartilhada:

O sistema de guarda exclusiva tem como principal efeito negativo sobre a criança, a ausência de um dos pais que, visto como mero visitante, perde

progressivamente o contato com os filhos, que se sentem abandonados e rejeitados. A guarda compartilhada permite aos pais participar ativamente da vida dos filhos, o que os faz perceberem que os pais são capazes, preocupam-se com eles, cuidam deles, amam-nos (QUINTAS, 2009, p. 88).

O genitor não-guardião na guarda unilateral, com a adoção da guarda compartilhada, passa de mero visitante e fiscalizador para efetivamente retomar o papel de pai ou mãe, contribuindo para a firmação dos vínculos afetivos entre pais e filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (GRISARD FILHO, 2009).

Quintas (2009) define que os pais, geralmente os não-guardiões na guarda exclusiva, diante da guarda compartilhada, mantêm uma relação próxima dos filhos, ajudando a diminuir o sentimento de perda. Já para as mães, em sua maioria detentoras exclusivas da guarda, com a guarda compartilhada podem desfrutar de mais liberdade para suas atividades pessoais, a fim de conseguirem emprego e competirem no mercado de trabalho, já que não detêm a inteira responsabilidade para com os filhos.

Além disso, muitos pais utilizam a guarda exclusiva como arma para vingar-se e atingir o outro, trazendo grandes sofrimentos aos filhos e colaborando para a síndrome da alienação parental:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade – é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado (DIAS, 2007, p. 409).

O maior prejudicado da alienação parental são os filhos, que ficam distantes de um dos genitores, porque o outro não assimilou corretamente a necessidade da ruptura do vínculo conjugal. A criança tem sua integridade moral abalada e, sendo uma pessoa em desenvolvimento, não tem aptidão para perceber que está sendo manipulada por interesses de terceiros.

Por fim, Grisard Filho (2009) destaca que em qualquer modalidade de guarda um terceiro pode dividir as responsabilidades com o pai ou com a mãe da criança ou do adolescente, como entre um dos pais e os avós, um dos pais e um parente ligado à criança ou ao adolescente por laços de afinidade e afetividade, um dos pais e seu

companheiro, porque a razão do instituto de guarda é preservar os interesses dos filhos.

3.5 Modificação da guarda

Como já fora explicado, a concessão da guarda não faz coisa julgada, podendo ser modificada a qualquer tempo. Isso ocorre porque a modalidade da guarda é determinada com base na situação fática da família. Alterando-se os fatos e, deixando de atender aos interesses da prole, a guarda poderá ser modificada, mediante ato fundamentado pelo juiz.

Na legislação, no que se refere à modificação da modalidade de guarda, o art. 1.586 do CC preceitua que, havendo motivos graves, o juiz poderá, a bem dos filhos, regular de maneira diferente a situação deles para com os pais, e o art. 35 do ECA determina que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, existindo razões para tanto.

Nesse sentido, em ação de alteração de guarda, a 7ª Turma do Tribunal de Justiça do RS, cujo relator foi André Luiz Planella Villarinho, decidiu nos autos do agravo de instrumento nº 70028169118, em 11/03/2009, restabelecer as visitas paternas com base no laudo psicológico, que constatou indícios de alienação parental em face da conduta materna (ANEXO C). No caso, a criança de 08 anos de idade, que possuía apenas 05 anos na data da separação dos pais, vinha tendo comprometido seu bem-estar, sua higidez física e mental, pelo conflito entre os genitores quanto à sua guarda. Entendimento pacificado no tribunal, no sentido de que os interesses dos filhos devem prevalecer os interesses dos pais, a turma decidiu pelo restabelecimento do convívio da prole com ambos os genitores.

Dessa maneira, como a aplicação da guarda está intimamente ligada à situação fática familiar, a determinação do juiz não faz coisa julgada, pois, alterando os fatos e deixando de serem preservados os interesses dos filhos, o juiz poderá modificar a modalidade de guarda, mediante ato fundamentado.

3.6 A dissolução conjugal e a nova realidade familiar

Na constância da sociedade conjugal, os pais decidem juntos as decisões que

envolvem os filhos, exercendo, em patamar de igualdade, o exercício da autoridade parental. Com a ruptura do vínculo conjugal, extinguem-se os deveres maritais de coabitação, fidelidade e regime de bens (art. 1.576, CC) e, quanto aos filhos, haverá a cisão da guarda. Grisard Filho (2009) explica que a cisão da guarda não significa que os pais percam a titularidade da autoridade parental, pois o rompimento do casal não atinge os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos.

Certo é que os direitos e deveres entre pais e filhos se mantêm, mas a realidade familiar modifica-se, surgindo nova dinâmica no cotidiano de todos os envolvidos.

Como já explicado, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada. Levy (2008) defende que, no caso do exercício compartilhado, todo o conteúdo da autoridade parental é exercido em conjunto pelos pais. Já na guarda unilateral o exercício da guarda é exclusivo, havendo o fracionamento do exercício da autoridade parental, cabendo a cada genitor uma parcela de atribuições, como se verá a seguir.

3.6.1 Funções do genitor guardião

Na guarda unilateral, o genitor que possuir melhores condições de exercê-la terá a guarda material e jurídica da prole. Levy (2008) ensina que, como o genitor guardião tem acesso ilimitado aos filhos, convivendo diária e intensamente com eles, é seu dever dirigir a criação e a educação da prole, bem como estabelecer seu domicílio em razão de morarem sob o mesmo teto. Há ainda duas funções que o genitor guardião exerce exclusivamente, que merecem destaque: a administração dos bens dos filhos e a responsabilidade civil pelos atos da prole.

3.6.1.1 Administração dos bens

O art. 1.689 do CC estabelece que o pai e a mãe, enquanto estiverem em exercício da autoridade parental, serão usufrutuários e administradores dos bens dos filhos sob sua autoridade.

Grisard Filho (2009) explica que, com a ruptura da sociedade conjugal, o direito de usufruto e da administração dos bens dos filhos menores de 18 anos

passa a ser exclusiva do genitor guardião. Entretanto, destaca Dias (2007), que, para alienar ou gravar de ônus real os imóveis pertencentes aos filhos e contrair obrigações que ultrapassem a simples administração, é necessária autorização judicial, cuja solicitação deve ser formulada por ambos os pais, ainda que estejam separados e apenas um deles detenha a guarda do filho.

Assim, o genitor guardião não age com discricionariedade, devendo agir dentro dos parâmetros legais com o objetivo de preservar os interesses da prole. Ademais, o genitor não-guardião tem o dever de fiscalizar e, havendo divergência entre os pais, o genitor não-guardião poderá requerer ao juiz a nomeação de curador especial (art. 1.690, parágrafo único, do CC e art. 9º, I, do CPC).

3.6.1.2 Responsabilidade civil

Dispõe o art. 932, I, do CC que os pais são responsáveis pela reparação civil dos filhos menores de 18 anos que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, na constância da sociedade conjugal, em que pai e mãe exercem conjuntamente o exercício da autoridade parental e o direito de guarda, os genitores serão responsáveis solidariamente a seus filhos enquanto crianças e adolescentes, na hipótese de causarem danos a terceiros. Grisard Filho (2009, p. 109) destaca que “enquanto exercerem conjuntamente o direito de guarda é presumida a responsabilidade do pai e da mãe, como complemento do dever de educar os filhos e manter vigilância sobre eles”. Continua o autor:

O fundamento da responsabilidade parental é duplo. Por um lado, apóia-se na culpa *in vigilando*, que cabe atribuir aos pais se se descumram da conduta de deus filhos. Por outro lado cabe imputar uma falha na educação por não haverem infundido nos filhos hábitos bons, que os afastem de cometer atos ilícitos em prejuízo de terceiros (...) Cessa a união dos pais e determinada a unilateralidade da autoridade parental, cessa a solidariedade, recaindo sobre o genitor guardador a exclusividade da *presunção de culpa*. É o que deflui da parte final do artigo transcrito: é responsável o pai, ou a mãe, que tem o filho em sua *companhia*. Está claro que o legislador preferiu concentrar a responsabilidade no genitor que detém a guarda, em vez de no poder familiar, pois, de fato, esse é que tem o dever de educar e vigiar o menor. (...) Não há, portanto, responsabilidade sem o dever de vigilância, que não existe sem a guarda. Guarda e vigilância são pressupostos da responsabilidade dos pais, ou de um deles, pelos danos causados pelo filho menor (GRISARD FILHO, 2009, p. 109-110, grifo do autor).

Levy (2008) explica que, na guarda unilateral, o exercício da autoridade parental é fracionado, quando o genitor guardião, por meio da guarda, exerce exclusivamente, de maneira contínua, o dever de criação e educação, tendo o filho em sua companhia, enquanto que o genitor não-guardião exerce esses deveres de maneira indireta, por meio de fiscalização e no período em que convive com a prole. Assim, a autora opina que o genitor que exercer diretamente o dever de vigilância responderá pelos atos do filho.

Igualmente é o entendimento de Leite (2003), ao declarar que na ruptura do vínculo conjugal, existindo a guarda unilateral, não há mais que se falar em solidariedade entre os genitores nos atos praticados pelos filhos, já que, a partir do momento que se instaura a guarda unilateral, sobre aquele genitor recai a presunção de responsabilidade.

Lôbo (2009) opina que, na guarda unilateral, o requisito da companhia depende de prova para se verificar se o filho causou o dano quando estava com o genitor guardião ou com o não-guardião, já que este também tem o direito de conviver com os filhos.

Entretanto, Dias (2007, p. 383, grifo da autora) manifesta-se a favor da responsabilidade solidária entre os pais mesmo na aplicação da guarda unilateral, defendendo que, “ainda que a referência legal seja aos pais que estiverem com os filhos em sua **companhia**, descabido não responsabilizar também o genitor que não detém a guarda do filho”. Continua a autora:

Este persiste no exercício do poder familiar, e entre os deveres dele decorrente está o de responder pelos atos praticados pelo filho. Conceder interpretação ao indigitado dispositivo legal, que se encontra fora do livro do direito das famílias, divorciado de tudo que vem sendo construído na busca de prestigiar a paternidade responsável, é incentivar o desfazimento dos elos afetivos das relações familiares (DIAS, 2007, p. 383).

Assim, para Dias (2007) a responsabilidade parental decorre da autoridade parental que é exercida por ambos os genitores e, ainda que na dissolução da sociedade conjugal apenas um dos genitores possa ficar com a guarda, não subtrai do outro o direito de ter o filho em sua companhia.

Nesse sentido, em ação de cobrança, a 1ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do RS, cujo relator foi Ricardo Torres Hermann, decidiu nos autos do recurso inominado nº 71001717693, em 09/10/2008, que, embora a filha adolescente estivesse sob a guarda exclusiva da mãe, o pai respondia

solidariamente pelos atos por ela praticados, pois a autoridade parental não se altera pela separação judicial (ANEXO D).

3.6.2 Funções do genitor não-guardião

Ao genitor não-guardião cabe o direito de convivência parental e o dever de fiscalização dos atos do genitor guardião no que toca às diretrizes de criação e educação da prole.

3.6.2.1 Direito de convivência parental

A guarda unilateral é determinada por acordo dos pais ou por decisão judicial, impondo a um dos genitores o direito de guarda dos filhos e ao outro o direito de convivência a estes. Grisard Filho (2009, p. 111) explica que o direito de convivência busca, “na medida do possível e do desejável, satisfazer a plena e adequada comunicação entre pais e filhos que não convivem”.

O art. 1.121, inciso II do CPC define que o direito de convivência (regime de visitas) é a forma pela qual os genitores ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos predeterminados, repartição das férias escolares e dias comemorativos.

Dias (2007) destaca que o direito de convivência não encontra limites entre pais e filhos, pois a importância da preservação dos vínculos afetivos permite que este direito se estenda a outros parentes como avós, tios e irmãos que buscam o direito de conviver com crianças e adolescentes e manter firme o elo de afetividade. Além disso, Dias (2007, p. 399) destaca que, “inclusive nas uniões homoafetivas, ainda que o filho seja do parceiro, impositivo assegurar o direito de visita”.

Mesmo que a criança ou adolescente esteja sob a guarda de um dos genitores, de parente, de terceiro, ou até mesmo de uma instituição, o genitor não-guardião tem o direito de conviver com a prole, com o intuito de manter um contato pessoal e próximo com o filho (GRISARD FILHO, 2009).

Levy (2008) explica que existem três modalidades de visitação: a livre, quando deve existir maior compreensão e tolerância, porque o genitor não-guardião convive com a prole sem encontros preestabelecidos; a de mínima regulamentação,

quando o genitor não-guardião tem os filhos em sua companhia em meio de semana e nos fins de semana alternados; e, de extrema regulamentação, quando seu cumprimento possui controle rigoroso. A autora defende que o ideal é que o contato de filhos com o genitor não-guardião seja regular e flexível, ocorrendo sem traumas e respeitando a vontade e a idade da prole.

Destaca-se que a convivência parental, vindo a prejudicar a formação e o desenvolvimento da criança ou do adolescente, em busca de preservar os interesses dos filhos, poderá ser suspensa ou acompanhada (art. 1.586, CC).

3.6.2.2 Direito de fiscalização

O direito de fiscalização surge em decorrência do não-exercício direto da autoridade parental, em que pais que não detêm a guarda dos filhos, têm o dever de fiscalizar a manutenção do arranjo e a educação da prole (arts. 1.589 e 1.583, parágrafo 3º).

É por meio desse direito que o genitor não-guardião exerce um controle sobre o modo que o outro conduz o encargo da guarda. Implica o direito de informação sobre a vida do filho, sua saúde, escolaridade e atividades. A lei não define a maneira de ser exercido este direito, por tal maneira deve ser interpretado de forma extensiva, pois é por ele que o genitor não-guardião deve intervir na educação e formação dos filhos, da mesma maneira que o genitor guardião (GRISARD FILHO, 2009).

Para Levy (2008), o direito de fiscalização é o meio indireto de exercício da guarda pelo genitor não-guardião.

3.6.3 Funções exercidas em conjunto pelo genitor guardião e não-guardião

Mesmo após a ruptura do vínculo conjugal, compete, em comum, aos pais em relação aos filhos o dever de sustento, conceder-lhes ou negar consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento idôneo; representá-los até os 16 anos nos atos da vida civil e assisti-los até os 18 anos, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir-lhes que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade

e condição; dever de assistência moral e material e conceder autorização para viagem para o exterior (LEVY, 2008).

Como dito, os genitores têm o dever de concorrer na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família e a educação dos filhos e, na ruptura do vínculo conjugal, contribuirão, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos, destacando que o legado de alimentos aos filhos compreende uma obrigação primária de satisfazer as necessidades básicas da criança ou do adolescente, como alimentação, sustento, vestuário, habitação, instrução, educação, medicamentos, saúde e higiene (arts. 1.568, 1.703 e 1.920, CC).

Lôbo (2009) destaca que os alimentos em Direito de Família tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco, quando ela própria não pode prover sua manutenção.

Dias (2007) lembra que a perda da autoridade parental não exclui o dever de prestar alimentos, uma vez que persiste o vínculo de parentesco biológico. Igualmente é o entendimento de Levy (2008) ao afirmar que o dever de prestar alimentos tem como base o princípio da solidariedade como forma de preservação da dignidade humana e a igualdade parental, tendo ambos os pais o dever de sustentar os filhos.

Definida a abrangência da instituição família, a importância da autoridade parental e os diversos modelos de guarda previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o próximo capítulo será destinado exclusivamente à análise do compartilhamento da guarda de filhos.

4 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei nº 11.698 entrou em vigor em 15 de agosto de 2008 e veio dar nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, trazendo inovação ao Direito de Família, especialmente no instituto da guarda de filhos, tornando expressa a guarda compartilhada.

Amplamente difundida em outros países, a guarda compartilhada é um sistema em que pai e mãe, após a ruptura do vínculo conjugal, continuam a exercer, de maneira igualitária, a autoridade parental, participando ativamente na criação da prole e decidindo, em comunhão, os aspectos inerentes à vida dos filhos, como educação, saúde moral e espiritual, enfim, tudo que diga respeito à formação da prole, ainda que os filhos estejam sob a guarda física de apenas um dos genitores.

Mesmo antes da guarda compartilhada ser regulamentada por lei, já havia decisões favoráveis nos tribunais brasileiros por sua aplicação. Isso era possível porque, embora não constasse expressamente no sistema jurídico brasileiro, a guarda compartilhada já existia de forma implícita na legislação, por meio dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, do direito à convivência familiar, da igualdade entre os pais, cônjuges e companheiros, da paternidade responsável e do planejamento familiar.

4.1 Definição de guarda compartilhada

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira capaz de fazer com que pais e filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal. A premissa sobre a qual se constrói este instituto é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o

relacionamento destes com seus filhos (AKEL, 2009).

Essa nova modalidade de guarda veio ao encontro dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges e companheiros. Quintas (2009) questiona que, se ambos os pais estão aptos a exercer a guarda, não é interesse da criança ‘perder’ um deles, ao contrário, é seu maior interesse a convivência com os dois, então, por que conviver com apenas um dos pais se é possível estar com ambos?

Carbonera (2000) também se manifesta sobre o princípio da igualdade, ressaltando que não é possível determinar a quem compete ser o titular exclusivo de direitos e deveres em relação aos filhos. Estando homem e mulher presentes numa relação, abstratamente competem a ambos todas as atividades.

A guarda compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente na vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto. É uma forma de manter intacto o exercício da autoridade parental após a ruptura conjugal dos genitores, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da prole (QUINTAS, 2009).

Grisard Filho (2009, p. 91-92) define a guarda jurídica e material compartilhada:

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. (...) Nesse contexto, os pais podem planejar a guarda material compartilhada (acordos de visita ou acesso). Implica a divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que é flexível.

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes à autoridade parental, minimizando-se os efeitos da ruptura dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar, permitindo a ambos os genitores acompanhar à formação e o desenvolvimento da prole. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, em que o

filho sinta-se a vontade tanto na residência de um quanto na do outro genitor (LÔBO, 2009).

Dessa maneira, a guarda compartilhada vem reequilibrar os papéis parentais, diante da antiquada guarda unilateral e garantir o melhor interesse dos filhos, especialmente no que toca às suas necessidades afetivas e emocionais. Esse novo modelo revaloriza o papel da maternidade e da paternidade, trazendo ao centro das decisões os filhos, oferecendo-lhes um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino (LEVY, 2008).

4.2 Evolução histórica do instituto

A ruptura da vida conjugal tornou-se tão corriqueira que a guarda de filhos precisou ser reavaliada para atender à nova realidade:

Se o divórcio ou a dissolução da união estável transformou-se em uma situação tão freqüente, que pode ser entendida como uma transição “normal” no ciclo da vida familiar, torna-se cada vez mais indispensável a realização de estudos que produzam informações que permitam às famílias sobreviverem mais ajustadamente ao desastre que provoca. E a escolha de quem ficará com as crianças passa a ser feita tendo como fundamento quem estiver em melhores condições. Os dois, talvez (GRISARD FILHO, 2009, p. 229, grifo do autor).

Quintas (2009) ensina que a guarda teve sua evolução jurídica com o intuito de acompanhar os anseios e as necessidades de cada época. Em alguns momentos da história, a guarda foi atribuída ao pai; em outros, à mãe, e, atualmente, a guarda é atribuída a qualquer dos pais ou a ambos, levando-se em consideração os interesses dos filhos, analisados no contexto familiar.

Como já analisado no primeiro capítulo, nos antecedentes históricos da família e da autoridade parental, verifica-se que, a partir do século XX, ocorreram profundas modificações na sociedade, principalmente na instituição familiar. A mulher ingressou no mercado de trabalho, e o homem passou a contribuir nos afazeres domésticos e cuidados na criação dos filhos. Como os papéis parentais modificaram-se, o Direito de Família teve a necessidade de inovar para corresponder aos anseios da sociedade contemporânea.

A família, por longo tempo, esteve rigorosamente atrelada ao casamento, que era regido pelo homem, chefe da família. Nesse contexto, o Código Civil de 1916 estabeleceu que a ruptura familiar somente poderia ocorrer em duas hipóteses: a

dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges, ou por meio do desquite, que não rompia o vínculo jurídico (QUINTAS, 2009).

Ainda, o Código Civil 1916 determinava que, durante o casamento, como atributo da autoridade parental, a guarda seria exercida pelo marido, e, na sua ausência, pela mulher. Ocorrendo o desquite litigioso, a guarda dos filhos seria baseada na culpabilidade dos cônjuges, sendo concedida ao cônjuge inocente, que não deu causa à ruptura familiar. Havendo desquite consensual, a guarda de filhos seria acordada entre os cônjuges. Tal determinação perdura até os dias de hoje, tendo em vista que o novo Código Civil continuou estabelecendo que, havendo consenso entre o casal, a guarda será estabelecida em comum acordo.

Quintas (2009) explica que, se ambos fossem culpados, seriam consideradas a idade e o sexo dos filhos, de maneira que meninas e meninos menores de seis anos permaneceriam sobre a guarda da mãe e, a partir dessa idade, os meninos seriam entregues ao pai. A autora (2009, p. 116) complementa que “a preocupação no momento era fazer justiça ao cônjuge inocente e não aos filhos”. Isso porque a guarda atribuída ao cônjuge que não deu causa ao fim da relação conjugal, nem sempre atenderia melhor aos interesses da prole.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) modificou o Código Civil de 1916 no que toca ao critério da idade e do sexo dos filhos, determinando que, se ambos os pais fossem culpados pela dissolução da sociedade conjugal, os filhos ficariam com a mãe. Rodrigues (2004) opina que esse entendimento tinha por base o fato de a mulher possuir refinamentos de sensibilidade que o homem, por mais bondoso que seja, nem sempre apresenta. Grisard Filho (2009) lembra que o juiz, entendendo que os filhos não deveriam ficar com nenhum dos pais, a guarda seria determinada à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges.

A Emenda Constitucional nº 9, de junho de 1977, veio expressar que o casamento deixou de ser indissolúvel. A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) reafirmou que a guarda de filhos permaneceria conforme o acordado pelos cônjuges, desde que a separação fosse consensual, bem como manteve a determinação de que, ambos sendo responsáveis pela dissolução do casamento, a guarda dos filhos seria atribuída à mãe, ou o juiz concederia a guarda a pessoa idônea da família, caso atendesse melhor aos interesses da prole.

Quintas (2009) explica que, em todas as situações, o que importava, era que a guarda fosse concedida a quem atendesse melhor aos interesses dos filhos, norma de tamanha importância, que veio assegurada pelo princípio constitucional do interesse da criança e do adolescente. Contudo, Grisard Filho (2009) opina que competir a um genitor o direito de guarda física, e ao outro genitor os direitos de companhia e fiscalização, deixava o genitor não-guardião num papel verdadeiramente secundário, privando-o do integral relacionamento com seu filho. Tal situação foi objeto de questionamento não só de juristas, mas também por sociólogos, psicólogos, psiquiatras, médicos e assistentes sociais que passaram a considerar os modelos de guarda de filhos existentes no ordenamento jurídico ineficazes à realidade social.

A Constituição Federal de 1988 veio admitir a pluralidade de modalidades de estruturas familiares, atribuindo a homens e mulheres os mesmos direitos e deveres alusivos à sociedade conjugal e priorizar os direitos da criança e do adolescente, proibindo quaisquer designações discriminatórias, atinentes a ela, questões mais tarde enfatizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. O conceito da instituição família contemporânea valoriza os membros do grupo familiar e não mais a preocupação da manutenção do casamento (QUINTAS, 2009).

Também o Código Civil de 2002, atento às transformações sociais, trouxe novo rumo ao exercício dos direitos e deveres entre pais e filhos, extinguindo por completo a vinculação da guarda à culpa pela ruptura do vínculo conjugal, reafirmando que, não havendo acordo entre o casal, a guarda seria atribuída àquele que revelasse melhores condições de exercê-la.

A função da instituição família baseada nos laços afetivos e a busca da realização pessoal no convívio familiar fez com que o modelo de guarda unilateral deixasse de atender as expectativas da sociedade. Grisard Filho (2009) destaca que a sociedade moderna decretou a improbidade da guarda exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaço à atual igualdade parental.

Por tal razão, a Lei nº 11.698/2008 veio estabelecer uma nova modalidade de guarda de filhos que atendesse melhor aos interesses dos filhos e respeitasse o princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros e também o interesse

deles, enquanto pais. Se ambos os pais sentem-se responsáveis e capazes de criar e educar os filhos, mesmo após a dissolução familiar, era necessária à criação de um novo arranjo de guarda que permitisse aos genitores cumprir seu papel parental em plenitude.

Dessa maneira, a guarda compartilhada deverá ser aplicada sempre que existirem genitores dispostos a exercer a autoridade parental em co-responsabilidade, capazes de superar os seus conflitos conjugais e manterem um relacionamento amistoso, a fim de permitir que sejam tomadas decisões em comum acordo em prol dos filhos.

4.3 O direito comparado

Vários países já possuem na legislação a aplicação da guarda compartilhada, e muitos outros estão em andamento.

Quintas (2009) opina que alguns países merecem uma análise mais detalhada quanto ao instituto da guarda compartilhada: a Inglaterra, por se supor que lá se iniciou essa modalidade de guarda de filhos; os Estados Unidos, por ser onde mais se difundiu seu exercício; Canadá, porque vem aplicando este modelo de forma reiterada; e a França por estar prevista no seu Código Civil e pela influência no direito brasileiro.

4.3.1 Na Inglaterra

Quintas (2009) explica que não há como se estabelecer ao certo onde se iniciou a guarda compartilhada, pois se trata de um reflexo social sentido no mundo todo, com várias decisões, de variadas épocas, que levam à ideia de guarda compartilhada, porém se presume que ela tenha suas raízes no direito inglês.

Akel (2009) explica que, no direito inglês, o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos. Logo, em caso de conflito, a guarda (*custody*) lhe era necessariamente concedida. Leite (2003) destaca que, somente no século XIX, com a Revolução Industrial, quando os homens migraram do campo para as fábricas, e as mulheres ficaram encarregadas da criação e educação dos filhos, que o parlamento inglês passou a atribuir à mãe a prerrogativa de obter a guarda da prole.

Se anteriormente a mãe era injustiçada com a guarda exclusiva dos filhos ao pai, agora, o pai ficava prejudicado com a concessão da guarda exclusiva à mãe. Para minorar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os tribunais passaram a determinar uma ordem de fracionamento *split order* (dividir, repartir) do exercício desse direito entre ambos os genitores (GRISARD FILHO, 2009).

Leite (2003) explica que os tribunais passaram a entender que esse fracionamento atendia melhor aos interesses da prole, porque os filhos percebiam que, apesar da ruptura do casal, ambos os genitores continuavam envolvidos com seu destino. Assim, o fracionamento encarregava a mãe dos cuidados diários dos filhos (*care and control*), e o pai ficava responsável por dirigir a vida do filho (*custody*), possibilitando compartilhar a guarda, isto é, o exercício comum e cooperativo da autoridade parental.

As decisões inglesas sempre buscaram privilegiar os interesses da criança e do adolescente, atribuindo aos pais, de forma igualitária, a autoridade parental, de maneira que na década de 1970, a guarda compartilhada foi se expandindo pela Europa, em especial França e Portugal, nas províncias canadenses, também adepta ao sistema *common law*⁸, de onde se difundiu para os Estados Unidos, desenvolvendo-se atualmente na América do Sul, como no Brasil, Argentina e Uruguai (AKEL, 2009).

4.3.2 Nos Estados Unidos

No início da década de 1970, pequenos grupos de pais que desejavam continuar a relação com os filhos após o divórcio, iniciaram um movimento a favor da guarda compartilhada, que foi crescendo e formando novos grupos com a divulgação do novo sistema e suas vantagens (QUINTAS, 2009).

Ramos (2005) destaca que a guarda compartilhada é um dos tipos de guarda

⁸ A *common law* é um termo utilizado para referir-se a normas e regras de caráter jurídico não escritas, porém sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Seu nome provém do direito medieval inglês que se desenvolveu a partir do século XII, ao ser ministrado pelos tribunais do reino, refletindo os costumes comuns dos que nele viviam, partindo do princípio de que as questões devem ser resolvidas com base em sentenças judiciais anteriores, e não preceitos legais fixados antecipadamente. A reunião de sentenças judiciais sobre várias situações semelhantes permitem extrair regras gerais que geram precedentes e que se convertem em orientações para o julgamento futuro dos juízes, em casos análogos. Vigora na Inglaterra e nos países originalmente colonizados pelos ingleses (Enciclopédia Barsa, 1994, v. 6, p. 290).

que mais cresce nos Estados Unidos. No Estado do Colorado, por exemplo, a guarda compartilhada é conferida de 90% a 95% dos casos, e na Califórnia esse número é de 80%.

É política pública nos Estados Unidos incentivar a guarda compartilhada:

Presentemente, é política pública nos Estado assegurar ao menor contato freqüente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança. Hoje, a legislação de cerca de 45 Estados autoriza a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outras 12 é presumida e em outros 8 a presunção se dá por acordo de ambos os pais (GRISARD FILHO, 2009, p. 143-144).

Grisard Filho (2009) destaca ainda que, como cada estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, busca-se uniformizar a legislação a respeito. Assim, dada a inexistência de uma só lei para todos os Estados, foram criadas leis uniformes para certos setores do Direito de Família, as chamadas *Uniformes Laws*, entre as quais está a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, adotada por todos os estados americanos, em que, caso o Estado não determine a aplicação da guarda compartilhada, a prática corrente é de admitir esse arranjo, quando sugerida pelos pais.

Em anexo, segue um modelo de acordo utilizado por casais do Estado de Colorado que optam pela aplicação da modalidade de guarda compartilhada, apresentado no livro “Guarda compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental”, de Waldir Grisard Filho (ANEXO E).

4.3.3 No Canadá

A partir da década de 70, data da sua aprovação pela *Court d'Appel* inglesa, a noção de guarda compartilhada ganha a jurisprudência das províncias canadenses da *common law*, dali se espalhando por toda a América do Norte.

Quintas (2009) explica que, como o direito canadense prevê que o divórcio não altera os direitos e deveres de pai e mãe em relação a seus filhos, as decisões tem sido favoráveis à guarda compartilhada, e, havendo dificuldades relativas ao exercício da autoridade parental, ingressa-se com uma ação no tribunal que decidirá

de acordo com o melhor interesse do filho.

Akel (2008) destaca que os tribunais canadenses vêm decidindo de forma reiterada em que, nos casos de pais separados, é aplicável o direito de guarda através do instituto da guarda compartilhada, haja vista que tal instituto traz benefícios psicológicos para todos os envolvidos, uma vez que nenhum dos pais deve sentir que perdeu a criança, e, em muitos casos, o relacionamento entre pais e filhos torna-se melhor.

4.3.4 Na França

Leite (2003) define que foi a partir da década de 1970 que a guarda compartilhada foi assimilada, com o propósito de minorar as injustiças que a guarda exclusiva provocava, como havia sido constatado na Inglaterra. A jurisprudência passaria a decidir a seu favor.

Em 1987, ratificando as decisões dos tribunais, surgiu a Lei nº 87-570, também denominada Lei *Malhuret*, que modificou os textos do Código Civil francês, a respeito do exercício da autoridade parental (GRISARD FILHO, 2009).

Akel (2009) explica que a lei supracitada passou a definir que, havendo a separação do casal, de acordo com os interesses dos filhos, o exercício da guarda poderia ser atribuído exclusivamente a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de convivência parental, ou poderia ser exercido por ambos.

Leite (2003, p. 268) conecta a Lei *Malhuret* à decisão do juiz Tourigny, no caso *Droit de la famille* – 361, em 1987:

(...) a guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar.

Em 1993 foi promulgada a Lei nº 93-22 que institui a guarda compartilhada como um princípio, determinando que, com a ruptura do vínculo conjugal, a autoridade parental será exercida em comum pelos pais, somente sendo atribuída a guarda exclusiva se movida pelo critério do melhor interesse da prole (QUINTAS, 2009).

Atualmente, vigora na França o Código Civil modificado pela Lei nº 2002-305,

que prevê o mesmo entendimento citado acima. De inovador, a lei trouxe um processo de mediação, em que o juiz deverá se esforçar pela busca da conciliação, com o objetivo de facilitar um exercício consensual da autoridade parental.

4.4 Fundamentos legais e psicológicos para a guarda compartilhada

A lei brasileira, atualmente, por meio da Lei nº 11.698/2008, prevê a guarda compartilhada como a regra a ser aplicada nas dissoluções de sociedades conjugais, de forma que poderá ser requerida em consenso pelos pais, ou aplicada pelo juiz.

A evolução da instituição familiar, a dinâmica dos membros que a compõem e a importância da autoridade parental geraram a necessidade da criação de uma nova modalidade de guarda, que melhor atendesse aos interesses dos filhos e permitisse a co-responsabilidade dos direitos e deveres que decorrem da filiação.

Destaca-se que a guarda compartilhada já vinha sendo aplicada de fato por pais e mães que não viviam juntos e que, judicialmente, mantinham um regime de guarda exclusiva. Assim, embora a guarda fosse determinada judicialmente a apenas um dos genitores, alguns pais já vinham decidindo juntos a educação, criação e destino dos filhos, vivenciando um sistema de visitas livre em que acordavam os momentos em que passariam junto à prole, ou seja, uma guarda compartilhada de fato (LEVY, 2008).

Isto comprova que a guarda compartilhada é uma realidade na prática, independentemente de ser legal ou não. Contudo, até mesmo nesses casos, o ideal é estabelecer também judicialmente a guarda compartilhada, pois evita que o não-guardião dependa da boa vontade do guardião (QUINTAS, 2009).

4.4.1 Fundamentos legais

Ramos (2005) destaca que o centro da tutela constitucional se deslocou do casamento para as relações familiares, dando ensejo a uma tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros.

A Constituição Federal de 1988 veio admitir a pluralidade das estruturas familiares, atribuiu a igualdade entre os sexos, os direitos e deveres igualitários entre

os cônjuges e companheiros, a prioridade pelos interesses da criança e do adolescente e a igualdade entre todos os filhos, havidos ou não na relação matrimonial.

Confirmando os preceitos constitucionais, o Código Civil de 2002 veio determinar que, na dissolução da sociedade conjugal, não havendo acordo entre o casal, a guarda de filhos seria concedida ao genitor que apresentasse melhores condições de exercê-la.

Contudo, atribuir a guarda a um dos genitores, que revelasse melhores condições de exercê-la, geralmente deixava prejudicados os interesses dos filhos, porque o genitor não-guardião afastava-se, deixava de exercer a autoridade parental e perdia contato com a prole (QUINTAS, 2009).

Considerando a nova realidade familiar, em que os pais exercem a autoridade parental em patamar de igualdade, exercendo os mesmos direitos e deveres, o Direito de Família clamava por uma modalidade de guarda de filhos mais justa, que considerasse os princípios constitucionais no mais alto nível e mantivesse os superiores interesses da criança e do adolescente acima de discussões entre o casal rompido.

Diante dessa realidade, em 13 de junho de 2008 foi publicada a Lei nº 11.698, que veio alterar os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, tornando expressa a guarda de filhos compartilhada, que busca satisfazer em primazia os interesses da prole, assim como o interesse dos pais.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança afirma a importância dos pais na vida de seus filhos ao assegurar que a criança conhecerá e será cuidada por eles, sempre que possível, e a criança separada de um ou de ambos os pais, terá o direito de manter regularmente relações pessoais, afetivas e contato com ambos. Nesses termos, se os pais não vivem mais juntos, a guarda compartilhada é o melhor arranjo, pois possibilita a preservação dos laços afetivos da prole com seus genitores, atendendo ao que determina a Convenção.

Dessa forma, considerando todo o aparato de leis que protege o Direito de Família, percebe-se que a Lei nº 11.698/2008 somente veio tornar efetivos os princípios que já compunham o ordenamento jurídico brasileiro.

4.4.2 Fundamentos psicológicos

Com a dissolução da sociedade conjugal, os pais devem demonstrar aos filhos que, embora não vivam mais juntos, ambos continuarão unidos no que diz respeito aos interesses e bem-estar da prole, que permanecem sensíveis às suas necessidades e não deixarão de prover-lhes a estabilidade. Essa demonstração é fundamental porque, na visão dos filhos, pai e mãe permanecem unidos em seus corações e, mesmo separados, serão um casal enquanto os tiverem vivos (AKEL, 2009).

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a ruptura do vínculo conjugal dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos, como a natural queda do padrão de vida, litígios entre os pais, divisão de bens, etc., e essa modalidade vem amenizar essas perdas, na medida em que o filho manterá o convívio com ambos os genitores (RAMOS, 2005).

Muitas vezes, na ruptura do vínculo conjugal, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa entre os genitores, ficando demasiadamente distante de um dos pais. Essa situação exigiu que se pensasse na questão da guarda e suas consequências. Surgiram manifestações de diversos profissionais, médicos, psicólogos, sociólogos, todos preocupados em minimizar os nefastos efeitos da saída de um dos pais da vida diária dos filhos (GRISARD FILHO, 2009).

Akel (2009) destaca que é extremamente importante conscientizar os genitores da necessidade de suporte aos filhos no momento da ruptura do vínculo conjugal, evitando problemas maiores e futuros, e, por mais árduo que pareça, deve-se impedir que os filhos se envolvam no conflito entre o casal, pois, embora não possam ser evidentes, muitas atitudes futuras das crianças podem decorrer de uma má interpretação da vida familiar.

Os filhos se beneficiam na medida em que reconhecem ter os dois pais envolvidos em sua criação e educação. Além de possibilitar a ambos os genitores o controle da educação, saúde alimentação, integridade física e formação moral de uma forma mais ampla, diminuindo os riscos dos desmandos de uma das partes, proporcionando aos filhos um desenvolvimento sadio e feliz (RAMOS, 2005).

Grisard Filho (2009) destaca que, na medida em que a guarda é

sistematicamente deferida à mãe, os pais tornam-se progressivamente menos disponíveis a seus filhos e, na medida inversa, quando se compartilham as responsabilidades parentais e os pais aprendem a ser pais durante o relacionamento com seus filhos, os resultados são altamente positivos para toda a família, de maneira que reduzem as ações judiciais que decorrem da ruptura conjugal de casais que possuem filhos: execução de alimentos, revisões de alimentos, de guarda, de convivência parental, entre outras.

Em sua obra, Akel (2009, p. 62-63) demonstra a visão das crianças diante da ruptura dos pais, o que comprova taxativamente que a guarda compartilhada é a melhor alternativa a ser tomada:

(...)

- as crianças, sob a guarda materna, descrevem a figura da mãe como uma pessoa com dificuldades financeiras, cansada, deprimida, desprotegida e sem condições de ajudá-las em suas interações com os amigos.

(...)

- para a maioria dos filhos, a escolha não era viver em uma família nuclear ou divorciada, mas sim, viver numa família com ou sem conflitos;
- o desejo de reconciliação aparece apenas entre aqueles que tinham contato raro ou inexistente com a figura parental não residencial, quer fosse o pai ou a mãe;
- independentemente da idade ou de ter vivido o divórcio dos pais, preponderam os sentimentos de mágoa, tristeza, sensação de abandono, solidão e saudade, que, contudo, se modificam com o tempo, principalmente, quando há redução do conflito conjugal;

(...)

- a consciência da ausência paterna materializa a separação, sendo apontada por todos como o momento onde preponderam os piores sentimentos, mesmo reconhecendo, em retrospectiva, que a separação foi uma solução.

Em relação aos pais, o principal benefício do compartilhamento da guarda é a atribuição da guarda jurídica a ambos os genitores que continuarão exercendo igualmente os direitos e deveres relativos aos filhos, de maneira que nenhum dos genitores se sentirá em detrimento ou excluído das decisões importantes (QUINTAS, 2009).

Akel (2009) ressalta que a guarda compartilhada, ao demonstrar a importância da maternidade e da paternidade, faz com que ambos os genitores sintam-se valorizados e respeitados, com sentimentos de mais valia, reduzindo significativamente novos conflitos, porque pai e mãe, tendo seu espaço preservado, buscam conviver harmoniosamente e em tom de solidariedade.

Dessa forma, para o crescimento e desenvolvimento saudável da prole, os genitores, ao romperem o vínculo conjugal, devem reforçar aos filhos que, embora

se modifique a situação fática, em que pai e mãe deixam de viver na mesma casa, ainda assim continuarão unidos zelando por seus interesses e por seu futuro, cuja atitude colabora em muito para minorar as maiores preocupações que a ruptura dos pais causa aos filhos: o medo de perder os pais e de ter sido a causa da separação da família.

4.5 A guarda compartilhada na prática

A guarda compartilhada não exige regras predeterminadas para ter sucesso na prática, sendo que o importante é considerar o caso específico, para verificar se a guarda compartilhada atende os interesses dos filhos e dos pais.

4.5.1 Pressupostos para o exercício da guarda compartilhada

O exercício eficaz deste arranjo de guarda necessita de duas condições básicas: os pais devem possuir capacidade legal e moral para exercê-la e devem manter um bom relacionamento.

Inicialmente ambos os genitores devem estar aptos para o exercício da guarda, é preciso que ambos tenham capacidade legal e moral para colaborar na criação e educação dos filhos, sendo um dos pais inapto para tal responsabilidade, esta deverá recair apenas ao genitor capaz, que atenderá melhor aos interesses da prole.

Leite (2003) destaca que, sempre que um dos genitores manifestar uma lacuna de natureza moral ou psicológica, a possibilidade da guarda conjunta desaparece e abre espaço, indiscutivelmente, à guarda exclusiva.

O outro pressuposto para o exercício da guarda compartilhada é a existência do bom relacionamento entre os genitores. Os pais, embora muitas vezes ressentidos com o fim do relacionamento, devem ao menos manter o respeito e um diálogo amistoso, fundamentais para decidirem em conjunto os aspectos importantes da vida dos filhos.

Quintas (2009) destaca que para a guarda compartilhada desempenhar a função de garantir o melhor interesse da prole e, de tabela, dos pais, é essencial uma boa comunicação e um respeito recíproco entre os pais.

Grisard Filho (2009) complementa que, para a viabilização da guarda conjunta, é necessário que os ex-parceiros deliberem em conjunto sobre o programa geral de educação dos filhos, compreendendo não só a instrução, como meio de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida, como também a que tem um sentido mais amplo, ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do filho.

4.5.2 Guarda compartilhada com e sem a alternância de residências

A guarda compartilhada determina que os direitos e deveres dos pais para com seus filhos deverão ser exercidos em conjunto, havendo a possibilidade de alternância da guarda física.

Quando a guarda compartilhada tiver a alternância de residências, as normas impostas à prole deverão ser as mesmas em ambas as casas. As diretrizes do futuro e do destino da criança deverão ser uma só. Não será compartilhada a guarda se cada um dos pais decide de modo diferente quando está com a criança. Nesse caso, trata-se da guarda alternada. Não importa onde esteja o filho. As decisões devem ser tomadas em conjunto, pois a educação será uma só (QUINTAS, 2009).

Doutrina e jurisprudência manifestam-se majoritariamente contrárias à alternância de residências na guarda compartilhada, que deve ser definida na residência de um dos pais, para que seja garantida ao filho a referência de um lar, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro genitor (LÔBO, 2009).

Leite (2003) define que, na guarda compartilhada, a residência deve ser sempre única, para evitar o sentimento de insegurança e instabilidade e para estabelecer o domicílio jurídico da prole.

O conteúdo da guarda compartilhada transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. Esse arranjo de guarda implica outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade conjunta. Pai e mãe deverão existir como referenciais (CARBONERA, 2000).

Grisard Filho (2009) destaca que a guarda compartilhada não se configura em uma divisão equitativa de tempo, mas na co-participação parental, de forma que

uma residência principal facilitará a manutenção de uma rotina de vida favorável ao desenvolvimento da prole.

Um genitor tem a guarda física, com quem o filho mora, mas ambos detêm a guarda jurídica da prole. Nessas situações, deverá ser estabelecida uma espécie de convivência para o genitor não-residente, a que tem chamado de acesso, estabelecido em comum acordo entre os genitores e geralmente será livre (QUINTAS, 2009).

4.5.3 A guarda compartilhada em que ambos os genitores possuem a guarda jurídica e um deles a guarda física. A convivência livre.

A guarda compartilhada busca reequilibrar a importância dos papéis parentais nas decisões importantes relativas aos filhos e incentivar o contato frequente e contínuo destes com seus dois genitores, o que não significa uma divisão pela metade, em que os pais são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre na guarda alternada. Nem os filhos e nem a guarda se dividem. Na guarda compartilhada podem e devem os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixem prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, a residência continua sendo única (GRISARD FILHO, 2009).

Leite (2003) ressalta que a guarda compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material dos filhos, mas também a outros atributos da autoridade parental, de maneira que, para funcionar a co-parentalidade, deve-se distinguir as noções de educação e coabitação, que confundidas, alcançam resultado diverso do esperado da guarda conjunta.

Quintas (2009, p. 68) ressalta que “a guarda compartilhada não significa tempo igual com a criança, mas que esta tenha acesso aos pais sempre que necessário”.

Embora a guarda compartilhada seja o exercício conjunto pelos pais da autoridade parental, a convivência contínua com ambos os pais, ou seja, a guarda material (física) não está incluída, posto que não há compartilhamento parental de uma mesma residência, fato que seria impossível em face da desunião conjugal dos pais. Mesmo nessa modalidade, o filho mora com um dos genitores, sendo que o

diferencial consiste na participação dos pais de maneira igualitária e efetiva no exercício da autoridade parental, incluído o livre e constante acesso do genitor descontinuo ao filho (LEVY, 2008).

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade. Um dos genitores permanece com a prole, e ao outro é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, preservando assim a continuidade e fortalecimento dos laços afetivos entre pais e filhos (AKEL, 2009).

Grisard Filho (2009) define que a guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária a guarda jurídica, concedendo a ambos os titulares o dever de guardar os filhos, permitindo liberdade aos genitores planejar, como lhes convêm, a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).

4.5.4 A fixação de alimentos na guarda compartilhada

O dever de sustento dos filhos independente do modelo de guarda:

Independentemente do modelo de guarda aplicado ao caso concreto, sempre existirá o dever de sustento dos filhos menores em nome do exercício do poder familiar. Na guarda compartilhada, a rigor, inexistente pensão alimentícia, dividindo os pais os encargos de criação, sustento e educação do filho comum. O pai arca com as despesas de escola, por exemplo, compreendendo matriculo, uniforme e material escolar, e transporte escolar. A mãe, por sua vez, arca com as despesas de alimentação e plano de saúde. As despesas extraordinárias, vestuário, lazer e outras, serão suportadas em conjunto por ambos os pais, na proporção dos bens e recursos de cada qual (GRISARD FILHO, 2009, p. 209).

Levy (2008) explica que a guarda compartilhada não é determinada por questões financeiras, mas, principalmente, pelas condições de pai e mãe de assumirem, em igualdade, responsabilidades e decisões.

Ainda, o Código Civil determina que os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens, para o sustento e a educação dos filhos (art. 1.568), deveres estes que não se modificam com a ruptura do vínculo conjugal (art. 1.579).

Quanto à obrigação de prestar alimentos, a alternância de residências não implica nenhuma modificação:

Se um dos genitores necessita de alimentos para manter a criança no período em que está com ela terá isso assegurado. De outro lado, serão

alimentos reduzidos para o alimentando, posto que o tempo em que a criança estará com ele também será menor. Todavia, observa-se, no entanto, que para o alimentante não há redução efetiva no valor dos alimentos, pois, se por um lado deixará de pagá-los no valor integral, por outro, terá os gastos com a presença da criança em sua residência e sob sua guarda (QUINTAS, 2009, p. 78).

Dessa maneira, qualquer que seja a espécie da guarda, obrigada está a prestação de alimentos aos filhos. Geralmente, pais que adotam a guarda compartilhada costumam ter consciência de que a ruptura conjugal não altera suas obrigações com os filhos, contudo, faltando um dos pais com a obrigação de pagar sua parte no sustento da prole, cabe ao outro demandar a condenação judicial ao pagamento dos alimentos.

4.6 Guarda compartilhada por homologação ou decisão judicial

O fator determinante ao aplicar uma modalidade de guarda de filhos é a maneira que se dá esta escolha, se consensual ou litigiosa.

A lei civil determina que, sempre que possível, a guarda compartilhada deverá ser aplicada. A razão mais importante de adotar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho (na guarda compartilhada é privilegiada a ideia de ‘estar com’), eliminando a possibilidade de existir ‘ganhadores’ e ‘perdedores’. Essa principal alternativa de cuidados e atenções aos filhos não é uma utopia, mas uma ferramenta eficaz na preservação do bem-estar da prole (GRISARD FILHO, 2009).

O compartilhamento da guarda poderá ser requerido a qualquer tempo, a pedido de ambos os pais ou por um deles, cuja decisão será proferida em atenção às necessidades específicas da prole e à realidade dos pais. Nestas decisões, além de ficar estabelecido que os genitores exercerão em conjunto a autoridade parental, também são tratadas as questões de guarda física, de prestação de alimentos e de mediação nos casos de desentendimento entre os pais (RAMOS, 2005).

Na audiência de conciliação, é dever do juiz informar aos pais o significado da guarda compartilhada, a importância, a igualdade de direitos e deveres que competem aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, referente ao ano de 2007, 75,9% das separações foram realizadas de forma

consensual e, embora a guarda filhos tenha sido concedida às mães em 89,1% das separações, cresceu o número de lares com pais masculinos que têm a guarda dos filhos menores de 16 anos, com um crescimento de mais de 25% em comparação ao ano de 1997, passando de 7,8%, para 9,8%.

Importante destacar que um levantamento do IBGE entre 1996 e 2006 demonstra que a guarda compartilhada teve um crescimento de 4%. Em 1996, 604 crianças, em 129.292 processos de separação ficaram sob a guarda dos pais e das mães. Em 2006, o número aumentou para 4.482 casos em 109.778.

Considerando que a pesquisa ocorreu em anos anteriores à promulgação da lei da guarda compartilhada, espera-se que os resultados dos próximos anos tragam porcentagens mais significativas quanta a aplicação deste novo arranjo de guarda de filhos na ruptura do vínculo conjugal.

A guarda compartilhada poderá ser homologada pelo juiz (quando existir consenso entre os genitores) ou será decretada judicialmente (quando existir litígio), sempre que atender aos interesses dos filhos.

O juiz pode ainda requerer o auxílio de profissionais ou de equipe interdisciplinar para formar sua decisão. A mediação e a orientação psicológica são importantes para que o exercício da guarda seja bem compreendido pelos pais e possa representar efetivo benefício para os filhos. Se necessário, até o encaminhamento dos pais ou de um deles à tratamento psicológico ou psiquiátrico é possível, independente do modelo de guarda ou inclusive como preparação para a guarda compartilhada (GRISARD FILHO, 2009).

Embora a lei faculte a aplicação da guarda compartilhada por determinação judicial, doutrina majoritária entende que, para este arranjo de guarda ser exercido nos moldes que se espera, é necessário que haja consenso entre os genitores.

Akel (2009) defende que a guarda conjunta poderá ser estabelecida tanto nos casos de litígio ou de consenso entre o casal, desde que as controvérsias não se refiram aos filhos, mas ao patrimônio a ser apurado. A autora sustenta que é fundamental o bom relacionamento entre os genitores, pois somente assim será possível exercer a autoridade parental em solidariedade e cooperação.

Dessa maneira, já que o exercício dos direitos e deveres oriundos da autoridade parental deve ser realizado em conjunto pelos genitores na guarda

compartilhada, salvo melhor juízo, entende-se que deve haver consenso entre os pais na sua aplicação, pois, para se tornar uma guarda efetiva na coresponsabilidade, é de total importância a interação e harmonia entre os pais.

4.7 A mediação familiar como instrumento para a dissolução do litígio

A morosidade das ações judiciais, o alto custo dos processos, o enorme desgaste emocional, e, na grande maioria das vezes, o descontentamento de uma das partes na esfera judiciária, vêm fazendo com que a mediação ocupe espaço de destaque na seara jurídica. Especialmente no Direito de Família, que envolve vínculos afetivos, muitas vezes uma sentença judicial não traz um efeito apaziguador desejado pela Justiça. Dias (2009, p. 81) define que a “resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica”.

A mediação é uma técnica alternativa que busca solucionar os conflitos de maneira consensual entre as partes. O mediador não sugere e não decide pelas partes, é apenas um facilitador para a solução do litígio, ajudando as partes a analisar com clareza a situação em que se encontram. Busca-se a satisfação de todos, em que nenhuma parte sinta a sensação de que está cedendo seu direito. A mediação não se confunde com a conciliação:

Enquanto a conciliação possui uma linguagem binária “procedente ou improcedente”, “culpado ou inocente”, “ganhador ou perdedor”, “isto ou aquilo”, “fazer o acordo ou perder ainda mais”, a mediação tem linguagem ternária, busca a terceira dimensão, a vitória de todos, acrescenta e não altera representa a conjunção e ao invés do *ou* (LEVY, 2009, p. 122-123, grifo da autora).

A mediação familiar assim é definida:

É um método através do qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, ajuda as partes envolvidas em um conflito a restabelecerem sua comunicação, para que possam construir um acordo que as beneficie mutuamente. Tal método tem como objetivos principais: evitar que as partes tomem decisões precipitadas a respeito de seus conflitos; oportunizar que as soluções sejam encontradas pelas pessoas diretamente envolvidas e não decididas por outras; esclarecer as reais necessidades e interesses de todos os envolvidos, para que as soluções sejam satisfatórias e cumpridas através de acordos viáveis; ajudar os envolvidos a exercer sua livre capacidade de tomar iniciativas com responsabilidade, cooperação e respeito mútuo e favorecer maior flexibilidade dentro da organização e relações familiares (AKEL, 2009, p. 71).

Quintas (2009, p. 98) define que “é através da mediação que a Justiça devolve à família o poder de decidir seu futuro, além de ser uma forma de pacificar os conflitos”. O mediador ajuda na negociação e na comunicação entre as partes, levando-as a elaborar acordos adequados a sua realidade.

Akel (2009) destaca que a mediação, nos casos que envolvam conflitos de ordem familiar, deve ser acompanhada por uma equipe interdisciplinar, congregando advogados, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, conforme o grau de natureza do conflito, fazendo com que haja maior integração do direito com as demais ciências que são fundamentais para as relações de cunho afetivo e emocional.

A mediação ainda não está expressa na legislação brasileira e, por ser extrajudicial, também é voluntária, de maneira que os litigantes não são obrigados a optar por esse meio de solução dos conflitos. O mediador auxilia na resolução do problema, mas são as partes quem devem encontrar uma solução. Quando chegam a um acordo, é lavrado um termo de entendimento. Não havendo a construção da solução, as partes estão livres para procurar outros meios de solucionar a lide.

Quintas (2009) ensina que, com a mediação, o juiz não perde suas funções, pois pode retomar a ação a qualquer tempo, porque os acordos não obrigam nem juiz nem os pais, até que sejam homologados. Assim, passa a ser válido o acordo estabelecido quando o termo de entendimento é homologado pelo magistrado.

Levy (2008) destaca que encontra-se aprovado pelo Senado Federal e encaminhado para a Câmara dos Deputados em 13/07/2006 o Projeto de Lei de Mediação – Projeto de Lei nº 94/02 (ANEXO F), que institui e disciplina a mediação como método de prevenção e solução de conflitos no processo civil. Esse Projeto de Lei aduz que a mediação terá prazo de 90 dias para a conclusão e será feita por técnicos treinados e cadastrados nos Tribunais de Justiça. Não havendo acordo, o processo é encaminhado ao juiz da causa.

O Projeto do Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007), aprovado em 26 de agosto de 2009 pela Comissão de Seguridade Social e Família, da Câmara dos Deputados e encaminhado para a análise e votação na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania (CCJ) para ser aperfeiçoado, também prevê a utilização da mediação, determinando em seu art. 97, parágrafo único, que, antes de decidir pela

guarda compartilhada, sempre que possível, deverá ser ouvida equipe multidisciplinar e utilizada a mediação familiar.

Akel (2009) destaca que, nas questões que envolvam a guarda de filhos, o mediador, ao auxiliar na comunicação entre pais sobre a educação e o futuro dos filhos, poderá explicar e sugerir a utilização da guarda compartilhada como uma forma alternativa de exercício de guarda, em que se propicia o fortalecimento dos vínculos afetivos existentes entre pai, mãe e filhos.

Quintas (2009) opina que a mediação favorece um acordo de guarda compartilhada mais sólido, baseado no verdadeiro interesse das partes, pois é apresentada aos pais uma visão nítida da importância e responsabilidade de os pais estarem presentes na vida de seus filhos.

Levy (2008) ensina que, nos países em que a mediação é prática corrente, como no Canadá, normalmente ela dura quatro meses, com duas horas de entrevistas, duas vezes por semana, numa média de 30 a 40 entrevistas. A autora destaca que, em Quebec, novecentos mediadores são credenciados, sendo que 51% são advogados, 16% notários, 12% psicólogos, 17% assistentes sociais, 2% orientadores educacionais e 2% do Centro de Juventude. Vários países dispõem de legislação específica sobre a mediação como México, Canadá, Bélgica e Austrália.

Leite (2003) destaca que, na Europa, assim como no Canadá, a popularidade da mediação contribuiu em muito para assimilação crescente da guarda conjunta.

Dessa maneira, a mediação tem se mostrado uma importante aliada na aceitação da guarda compartilhada por parte dos pais, pois estimula a harmonia entre os envolvidos, permitindo que os pais se conscientizem da importância para os filhos terem ambos os genitores juntos de si, mantendo-se os laços afetivos do relacionamento materno e paterno-filial, que não pode ser prejudicado por conflitos conjugais.

4.8 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

A família contemporânea é formada por pais presentes na vida dos filhos, em que ambos trabalham, contribuem para a manutenção do lar e decidem em conjunto os aspectos importantes da vida da prole. Com os novos papéis parentais na

dissolução familiar a guarda compartilhada é uma alternativa para manter os laços afetivos entre pais e filhos, porém, como todas as modalidades de guarda, apresenta prós e contras.

4.8.1 Vantagens da guarda compartilhada

A guarda compartilhada vem efetivar os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges e companheiros.

Leite (2003) afirma que, mesmo quando o conflito se instaurou, mesmo quando a hostilidade existe, a guarda conjunta aviva um sentimento de justiça que a disputa faz negligenciar. Ela é conciliadora e, tão somente considerando esse aspecto, já lhe é garantido um lugar de destaque na esfera familiar.

O litígio entre o casal que envolve patrimônio não impede a aplicação da guarda compartilhada:

Como sabemos, é muito difícil que, após a ruptura, não haja mágoa, ressentimento e discussões a respeito de bens pertencentes ao patrimônio do casal. No entanto, a guarda conjunta poderá ser estabelecida tanto nos casos de litígio ou de consenso entre o casal, desde que as controvérsias não se refiram aos filhos menores, mas ao patrimônio a ser apurado (AKEL, 2009, p. 106).

Levy (2009) opina que é perfeitamente concebível a dissolução de uma relação em que não mais exista amor, mas que se demonstra descabida que essa situação perene se estabeleça numa relação paterno e materno-filial.

Em relação aos pais, a guarda compartilhada apresenta como principal benefício a atribuição da guarda jurídica a ambos os genitores que continuarão exercendo igualitária e simultaneamente todos os direitos e deveres relativos à pessoa dos filhos. Quanto às obrigações, a guarda compartilhada é mais justa ao atribuí-las a ambos os pais, aliviando a pressão sobre um só e possibilitando uma maior flexibilidade nas suas vidas pessoais e profissionais, além do apoio nas horas difíceis, como um problema de saúde (QUINTAS, 2009).

Akel (2009) aponta que, com a utilização da guarda conjunta, há uma tendência significativa de diminuição de novos conflitos, uma vez que o pai não se sente excluído, não tem necessidade de revide, nem se sente incomodado com o cumprimento das suas obrigações, principalmente das financeiras; ao contrário, se

mantém interessado e dedicado ao filho.

Lôbo (2009) complementa que a guarda compartilhada permite que mesmo separados, os pais exerçam em plenitude a autoridade parental, e, conseqüentemente, torna-se desnecessário o direito de convivência, gerador de 'pais de fins de semana' ou de 'mães de feriados'.

Quintas (2009) explica que, mesmo que a cultura da sociedade de hoje ainda prepare melhor a mãe para tal atividade, não se exclui a importância do pai nesse processo. A presença dos dois sempre é melhor que apenas a de um. A autora destaca que muitos efeitos adversos da criança estão associados à falta do pai, após a ruptura familiar, como o comportamento anti-social, definindo que crianças criadas por ambos os pais se desempenham melhor em uma variedade de indicadores sociais, incluindo a autoestima, melhor desempenho escolar e menos envolvimento com drogas.

Grisard Filho (2009) define que a guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais ao reconhecerem que, para o filho ambos os genitores têm a mesma importância. Quintas (2009) ressalta que a opção da guarda compartilhada evita a necessidade dos pais de discutirem em juízo para comprovar quem apresenta melhores condições, evitando agressões e ataques desnecessários, utilizados apenas para garantir que não se perderá a guarda do filho.

No ponto de vista dos filhos, a guarda compartilhada ajuda a diminuir a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda, como ocorre com frequência na guarda única, e ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição, proporcionando a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de sociabilização e identificação (Grisard Filho, 2009).

Quintas (2009) opina que a convivência constante com ambos os pais também é benéfica aos filhos caso um dos pais venha a falecer, pois o filho estará habituado à presença do outro genitor, o que facilitará sua adaptação e amenizará o sofrimento da perda. Ademais, a autora lembra que a guarda compartilhada proporciona aos filhos mais contato com os avós e outros familiares de ambos os lados, pois não priva a prole da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores.

Nesses termos, a guarda compartilhada se mostra eficaz tanto para atender aos interesses dos filhos, como para atender aos interesses dos pais:

(...) há um número cada vez maior de homens que deseja continuar envolvido na vida dos filhos, mostrando menor disposição de conceder a guarda à ex-esposa. Por outro lado, há um número cada vez maior de mulheres que deseja seguir ou retomar suas carreiras juntamente com a criação dos filhos, recebendo muito bem a oportunidade oferecida pelo acordo de guarda compartilhada. Por ela os pais podem ajustar seus horários de trabalho (GRISARD FILHO, 2009, p. 220).

Lôbo (2009) aponta que a guarda compartilhada respeita a família enquanto sistema que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo aos filhos, diminuindo preventivamente as disputas passionais pelos filhos.

Quintas (2009) destaca que o compartilhamento da guarda evita a alienação parental, estando em patamar de igualdade no exercício da autoridade parental, nenhum dos genitores se sentirá excluído ou com importância reduzida de seu papel.

A guarda compartilhada traz também benefícios para a Justiça, pois acelera os processos, uma vez que se faz desnecessária a averiguação de qual genitor possui melhores condições de exercer a guarda exclusiva.

Quintas (2009) ressalta que a guarda compartilhada facilita também a resolução do processo de alimentos, pois a convivência dos pais com os filhos torna-os conhecedores e conscientes das necessidades destes, o que facilita um acordo no tocante aos alimentos e a posterior satisfação dessas necessidades. Leite (2003) destaca que, quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão.

A guarda compartilhada também traz a responsabilidade civil solidária entre os genitores por danos causados pelos filhos:

Em razão do dever de educação e vigilância em relação aos filhos menores, é forçoso “presumir” que os danos por eles causados sejam atribuídos aos pais, os responsáveis e representantes dos menores, pois, conforme os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, a guarda jurídica é o elemento definidor da responsabilidade, ou seja, aquele que detém a guarda (genitor guardião) responderá pelas infrações da prole menor. Desta feita, estabelecido o exercício conjunto da guarda, os genitores serão solidariamente responsáveis pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores (...) (AKEL, 2009, p. 108, grifo da autora).

Lôbo (2009) explica que a finalidade essencial da guarda compartilhada é a

igualdade na decisão em relação ao filho, seja ela de cunho existencial ou patrimonial. Por tal razão, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, graças ao atual desenvolvimento tecnológico das comunicações.

Igualmente é o entendimento de Quintas (2009) ao destacar que a distância de residência não deve obstar para a aplicação da guarda compartilhada, porque as decisões em conjunto, mesmo à longa distância permanecerão, amenizando o afastamento físico de um dos pais que estará de certa forma presente na vida dos filhos.

Dessa maneira, quando os pais preservam a continuidade de suas relações com os filhos e os mantém isolados dos conflitos conjugais, as vantagens de aplicar a guarda compartilhada são enormes, pois a co-responsabilidade parental permite que os genitores compartilhem seus direitos e deveres na proteção e educação da prole, e os filhos são os maiores beneficiários desse sistema, porque mantêm uma relação íntima tanto com a mãe como com o pai.

4.8.2 Desvantagens da guarda compartilhada

Para considerar a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada, o caso concreto deve ser analisado, pois, em determinadas situações, pode não atender ao melhor interesse dos filhos.

Quintas (2009) lembra que, de todos os argumentos contrários à guarda compartilhada, o que predomina é o que considera uma desvantagem a alternância de residências, contudo, o filho alternar a casa dos pais é uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta, que impeça a sua aplicação, podendo a mesma ser adotada com uma residência fixa.

Dias (2007) ressalta que não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais pelo interesse dos pais do que pelo dos filhos, procede-se praticamente à divisão do filho. A autora destaca que o arranjo da guarda compartilhada será estabelecido entre os genitores que decidirão se o filho terá duas residências, ou se o domicílio será fixado com um dos pais.

Doutrina majoritária defende que na guarda compartilhada deve ser definida a residência de um dos pais onde o filho viverá, para que seja garantida à criança ou ao adolescente a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro genitor. A experiência tem mostrado que a perda de referência da residência, para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho. O que se espera dos pais é a responsabilidade em encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência e a relação de pertencimento a um lugar, que integra a vida de toda pessoa, ou do juiz, ao intervir quando os pais não se entenderem (LÔBO, 2009).

A doutrina apresenta a situação em que a guarda compartilhada deve ser refutada:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas (GRISARD FILHO, 2009, p. 225).

Akel (2009) ensina que pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado da prole contaminam a educação dos filhos, impossibilitando qualquer tipo de diálogo, e, nesta hipótese, os arranjos da guarda compartilhada podem ser desastrosos.

Contudo, num primeiro momento, esses conflitos não devem ser fatores que impeçam a aplicação da guarda compartilhada, porque, logo após a dissolução da sociedade conjugal, o casal ainda guarda rancores pela família desunida, e costuma agir movido pelo emocional. A situação melhora consideravelmente com o tempo que faz diminuir as mágoas, e permite que o casal aja racionalmente, e compreende que, embora o casal conjugal terminou, para o bem dos filhos o casal parental se mantém unido. Nesses casos, pode o magistrado ou um mediador colaborar para a pacificação da família, conscientizar os pais do exercício conjunto da autoridade parental e os benefícios que traz aos filhos e a todos os envolvidos.

O exercício conjunto da guarda também necessita de que ambos os genitores estejam aptos para tal encargo. É preciso que ambos tenham capacidade legal e moral. Assim, esse arranjo de guarda de filhos não é aplicável, por exemplo, quando um dos genitores apresenta algum distúrbio ou vício, sendo preferível, nesses

casos, a aplicação da guarda exclusiva ao genitor que tem melhores condições de fornecer à prole um ambiente saudável para seu crescimento e desenvolvimento.

Ademais, quando um dos genitores não está em exercício da autoridade parental, não há que se falar da possibilidade da guarda compartilhada. As hipóteses previstas no art. 1.635 do CC, que causam a extinção, suspensão, modificação e perda da autoridade parental aniquilam qualquer probabilidade do compartilhamento da guarda dos filhos, porque o genitor infrator, por decisão judicial, já está impossibilitado de exercer a guarda.

Dessa maneira, não é aceitável refutar a guarda compartilhada sob a alegação da alternância de residências, de modo que restou demonstrada a diferença entre a guarda compartilhada e a guarda alternada. Doutrina majoritária defende a aplicação da guarda compartilhada concedendo-se a guarda jurídica a ambos os genitores, e a guarda física a um deles, que firmará a residência da prole e permitirá a estabilidade emocional do filho. Indiscutivelmente, a possibilidade da guarda compartilhada deverá ser afastada quando os genitores não conseguem dialogar amigavelmente, não mantêm os filhos isolados de seus conflitos, não estão em exercício da guarda e quando um dos genitores apresenta algum vício ou distúrbio que coloque os filhos em perigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instituição família, ao longo da história, sofreu grandes transformações, modificou completamente sua razão de existir, evoluiu, abandonou dogmas e preconceitos até alcançar o conceito contemporâneo.

Primeiro a Revolução Industrial, depois a Revolução Sexual foram fatores determinantes para a evolução da sociedade, e, conseqüentemente, a evolução da célula família.

O desenvolvimento social, homens e mulheres trabalhando e dividindo as responsabilidades de criar e educar os filhos contribuiu para a família perder seu caráter patrimonial e assumir um novo papel, uma família formada por indivíduos unidos por laços afetivos, que encontram, na convivência familiar, satisfação e felicidade.

O antigo pátrio poder perdeu seu caráter de propriedade, passando a ser denominado de autoridade parental, um direito-dever em que os genitores exercem um conjunto de direitos e deveres para com seus filhos, enquanto crianças e adolescentes, objetivando preservar os interesses da prole, proporcionando-lhes meios de desenvolver-se material, espiritual e emocionalmente.

Essas modificações sociais clamavam por novas leis. O Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, o Código Civil de 1916, entre outras legislações, estavam ultrapassadas. A sociedade precisava de leis que atendessem a seus anseios.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe muitas inovações, especialmente no que toca ao Direito de Família: reconhecimento de novas entidades familiares; igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos; igualdade no exercício da autoridade parental; direito dos filhos à convivência familiar, proteção

dos interesses da criança e do adolescente, entre outras.

Com essas mudanças, os filhos tiveram seus direitos efetivamente resguardados, de maneira que a ruptura dos pais não se estenderia à relação entre os genitores e a prole. Os pais também se beneficiaram, pois tiveram seu espaço preservado, exercendo autoridade parental independente de estarem casados, separados, viverem em união estável, contraírem novas núpcias ou nunca terem convivido. Isso porque a autoridade parental advém da relação entre pais e filhos, e somente ocorrerá a extinção, suspensão ou perda deste instituto nos casos previstos em lei.

Quanto à guarda de filhos, houve momentos na história em que a guarda era concedida ao pai; outros, em que era concedida à mãe; outros, em que era concedida ao cônjuge que não tivesse dado causa ao fim da relação conjugal. Atualmente é concedida ao genitor que possuir melhores condições de exercê-la, buscando sempre que possível aplicar a guarda compartilhada, que, na maioria dos casos, atende melhor aos interesses dos filhos e dos próprios pais.

Nesse entendimento, a Lei nº 11.698/2008 veio institucionalizar a guarda compartilhada, alterando os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, determinando que, via de regra, a modalidade de guarda de filhos aplicada será a guarda compartilhada, podendo ser requerida em consenso pelos pais ou decretada pelo juiz. Trata-se de um arranjo de guarda em que pai e mãe, após a ruptura do vínculo conjugal, continuam a exercer em co-responsabilidade a autoridade parental, participando ativamente na criação da prole, cooperando nas decisões importantes na vida dos filhos, como educação, formação, saúde moral e espiritual, lazer, e exercendo, em solidariedade, os prazeres e deveres decorrentes da maternidade e da paternidade.

Se pai e mãe estão aptos a exercer a guarda e a continuar presentes ativamente no crescimento e desenvolvimento dos filhos, nada mais justo que a lei viesse ao encontro do anseio desses pais, que não mereciam ser punidos com o afastamento da prole, porque a relação conjugal restou frustrada. Ademais, em uma sociedade que procura ser justa e solidária, é inaceitável que, no próprio seio familiar, ocorram arbitrariedades contra crianças e adolescentes, ceifando-lhes o convívio parental tão necessário para um desenvolvimento saudável e feliz.

Pais conscientes e que querem o melhor para seus filhos têm a opção dessa modalidade de guarda, pois compreendem que, para a prole, a presença do pai e da mãe tem a mesma importância e que atritos conjugais não devem se estender ao relacionamento com os filhos.

A guarda compartilhada pode ser adotada inclusive por genitores que moram longe, porque, graças ao atual desenvolvimento tecnológico, pais e filhos podem se ver e falar diariamente, assim como as decisões podem ser tomadas em conjunto, amenizando o afastamento físico de um dos pais porque, de certa forma, estará presente na vida dos filhos.

O direito comparado comprova a eficácia da guarda compartilhada quando exercida por genitores capazes de isolar seus filhos de conflitos conjugais, que compreendem que a prole continuará tendo um pai e uma mãe mesmo com a ruptura conjugal de seus genitores.

Ainda que a legislação possibilite a aplicação da guarda compartilhada por decisão judicial, entende-se que, para esse arranjo atingir plenamente seus objetivos, deve haver consenso por ambos os pais em sua escolha. Sua eficácia necessita de bom senso e colaboração mútua entre os genitores para alcançar o efeito desejado: atender aos interesses da prole e dos próprios pais.

O magistrado conta com a colaboração de assistentes como psicólogos e psiquiatras para elucidar a situação fática da família e encontrar uma modalidade de guarda que melhor atenda aos interesses de todos os envolvidos. Se ambos os genitores forem capazes de exercer a guarda, o juiz informará aos pais o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos a cada um e as sanções decorrentes da não observância de suas cláusulas.

A guarda compartilhada não deve ser confundida com a guarda alternada, repudiada majoritariamente por doutrina e jurisprudência. Embora a guarda compartilhada possibilite a alternância da guarda física, defende-se sua atribuição a um dos genitores e a guarda jurídica a ambos, que exercerão em corresponsabilidade os direitos e deveres da autoridade parental. A residência única dos filhos se mostra relevante para que a criança ou o adolescente tenha a referência e estabilidade de um lar, podendo transitar da residência de um genitor

para a do outro, livremente, o que não altera sua residência fixa.

A guarda compartilhada, além de atender aos interesses dos filhos que terão a presença de ambos os genitores no seu cotidiano, sem a necessidade de visitas preestabelecidas, atende também aos interesses dos pais que terão seu espaço valorizado, suas opiniões levadas em consideração e, o mais importante: continuarão sendo pais, podendo acompanhar o crescimento da prole, suas descobertas e desfrutando do convívio livre, mantendo estreitos os laços de amor e afeto.

Dessa maneira, a guarda compartilhada, neste momento, é a melhor alternativa dentre os modelos de guarda de filhos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, porque atende aos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entre os cônjuges e companheiros e da convivência familiar. Deve ser aplicada por genitores responsáveis, preocupados com o melhor interesse de seus filhos e conscientes de que a ruptura do vínculo conjugal jamais pode afetar os direitos dos filhos, que merecem contar com o amor, carinho, apoio e proteção de ambos os pais, durante toda sua vida.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em: 12 maio 2009.

BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 12 maio 2009.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.fundap.sp.gov.br/ouvidoria/dados/dudh.pdf>>. Acesso em 11 set. 2009. Acesso em: 12 maio de 2009.

BRASIL. **Lei nº 11.698**, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 22 out. 2009.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Contagem Populacional. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em: 25 out. 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 94**, de 27 de fevereiro 2002. Disponível em: <[http://direito.processual.org.br/dados/File/enciclopedia/propostas_legislativas/processo_civil/\(doc%2003\)%20PL%204827%20de%201998.doc](http://direito.processual.org.br/dados/File/enciclopedia/propostas_legislativas/processo_civil/(doc%2003)%20PL%204827%20de%201998.doc)>. Acesso em: 22 out. 2009.

BRASIL. **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Disponível em: <<http://www.veritatis.com.br/article/2351>>. Acesso em: 02 maio 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – direito de família. 18 ed. aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

ENCICLOPÉDIA Barsa. Rio de Janeiro - São Paulo: Encyclopaedia Britannica do

Brasil Publicações Ltda, 1994.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAURIA, Flavio Guimarães. **A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais** – a situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões**. 2 ed. ver. Atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Rizatto. **Manual da Monografia Jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada** - de acordo com a Lei nº 11.698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70019784917-RS, da 7ª Turma. Agravante N.R.L. Agravado C.A.G.L.. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. **Revista eletrônica de jurisprudência do TJRS**, Porto Alegre, TJ. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=969312>. Acesso em: 22 out. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70028169118-RS, da 7ª Turma. Agravante V.O. Agravado H.N.G. Relator: André Luiz Planella Villarinho. **Revista eletrônica de jurisprudência do TJRS**, Porto Alegre, TJ. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=241230>. Acesso em: 22 out. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 71001717693-RS, da 1ª Turma. Recorrente Francisco Carvalho. Recorrido Marly Waschburger. Relator: Ricardo Torres Hermann. **Revista eletrônica de jurisprudência do TJRS**, Porto Alegre, TJ. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2008&codigo=1465763>. Acesso em: 22 out. 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** - direito de família. 28 ed. rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



ANEXOS

ANEXO A – LEI Nº 11.698/2008

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).”

“Art. 1.584. 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.

§ 1º 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.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 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.

§ 4º 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.

§ 5º 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.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
José Antonio Dias Toffoli

ANEXO B – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70019784917

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70019784917

RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS

AGRAVANTE: N.R.L.

AGRAVADO: C.A.G.L.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. CRIANÇA DE TENRA IDADE. IMPOSSIBILIDADE. TOTALMENTE CONTRA-INDICADA A GUARDA ALTERNADA – UMA SEMANA COM CADA GENITOR –, POIS IMPEDE O ESTABELECIMENTO DE ROTINAS ESSENCIAIS PARA A SEGURANÇA DA CRIANÇA, MORMENTE CONSIDERANDO QUE OS PAIS RESIDEM EM CIDADES DIFERENTES E QUE SE TRATA DE UM BEBÊ DE APENAS UM ANO E OITO MESES. SENDO PROVISORIAMENTE DEFERIDA A GUARDA EXCLUSIVA DA CRIANÇA À MÃE, IMPERIOSA A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DO MENOR, EM PERCENTUAL SOBRE OS RENDIMENTOS DO GENITOR. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES.

Porto Alegre, 08 de agosto de 2007.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por NATIELI R. L., irressignada com decisão proferida em audiência, que determinou fosse compartilhada entre ambos os genitores a guarda do filho ARTHUR, atualmente com 1 ano e 8 meses de vida.

Sustenta que (1) ARTHUR é apenas um bebê e não pode ser separado da mãe por 7 dias, especialmente considerando que os pais residem em cidades

diferentes, a mãe em Campo Bom e o pai em Porto Alegre; (2) o afastamento da mãe, ainda que temporário, pode trazer danos irreparáveis ao menino, pois nessa fase é muito mais importante a presença materna que paterna; (3) é uma excelente mãe, dedicando-se integralmente ao filho, exceto no turno das aulas; (4) o menino possui um forte vínculo com a mãe o que contra-indica seu afastamento; (5) a decisão que adia um posicionamento definitivo acerca da guarda do menor está equivocada porque a realização de estudo social pode levar tempo, enquanto o menor segue prejudicado em seu desenvolvimento, por passar muito tempo longe da mãe; (6) embora o agravado seja um excelente pai e tenha condições de cuidar do menino, este deve ficar sob a guarda materna, em razão de sua tenra idade; (7) em Campo Bom, além de ser assistido pela mãe, contará também com os cuidados dos avós maternos, além de freqüentar a escolinha onde já iniciou adaptação; (8) a alternância de lar faz o que o criança perca sua referência, o que é prejudicial para seu crescimento; (9) tanto pela diferença de idade – 20 anos – como pelo fato de prover o sustento da casa, o agravado sempre exerceu sobre si uma certa intimidação, impondo que pegaria o bebê por uma semana alternadamente, sem considerar o posicionamento da agravante, que aguarda a definição judicial acerca da guarda do filho; (10) nada há que a desabone para que seja penalizada com o afastamento do filho por longos 7 dias. Pede provimento e a fixação de alimentos em favor do menor, na ordem de 20% sobre os ganhos líquidos do agravado.

Recebido em plantão, foi deferido o efeito suspensivo e mantida a criança sob a guarda materna.

Houve resposta e pedido de reconsideração, que restou indeferido.

O Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do agravo, inclusive com fixação de alimentos na forma postulada.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Tem inteira razão a agravante.

O fato de ambos os pais demonstrarem condições de cuidar do filho ARTHUR não justifica a modalidade de guarda deferida pela decisão agravada, ainda que em caráter provisório.

Na verdade o que fez a decisão foi estabelecer uma verdadeira guarda alternada, extremamente prejudicial à criança, pois, ao invés de permitir a consolidação dos vínculos com ambos os genitores, tira da criança a referência do que é efetivamente seu: sua casa, seus brinquedos, seu cuidador principal, alterando drasticamente sua rotina, que é fundamental à preservação de seu equilíbrio emocional.

No caso dos autos, em que se trata de um bebê de apenas 1 ano e 8 meses, que embora necessite manter vínculos com ambos os pais, não pode, em tese, prescindir dos cuidados maternos, estou em confirmar a decisão preferida em plantão e deferir a guarda provisória de ARTHUR à agravante, com visitas do pai em finais de semana alternados, das 19h da sexta-feira até às 19h do domingo. Durante a semana, mediante prévia combinação com a genitora, poderá o pai visitar livremente o menor na cidade de Campo Bom.

Estando sob a guarda materna, ARTHUR faz jus a alimentos provisórios a serem pagos pelo pai, na ordem de 20% dos seus rendimentos (deduzidos apenas os descontos obrigatórios), mediante desconto em folha.

É o voto.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - De acordo.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) - De acordo.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70019784917, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS

ANEXO C – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70028169118

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70028169118

RELATOR: ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO

AGRAVANTE: V.O.

AGRAVADO: H.N.G.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA DE MENOR. DECISÃO QUE RESTABELECEU AS VISITAS PATERNAS COM BASE EM LAUDO PSICOLÓGICO FAVORÁVEL AO PAI. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA DE MENOR EM QUE AS VISITAS RESTARAM REESTABELECIDAS, CONSIDERANDO OS TERMOS DO LAUDO PSICOLÓGICO, POR PERITA NOMEADA PELO JUÍZO, QUE REALIZOU ESTUDO NAS PARTES ENVOLVIDAS. DIAGNÓSTICO PSICOLÓGICO CONSTATANDO INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL NO MENOR, EM FACE DA CONDUTA MATERNA. CONTATOS PATERNO FILIAIS QUE DEVEM SER ESTIMULADOS NO INTUITO DE PRESERVAR A HIGIEDEZ FÍSICA E MENTAL DA CRIANÇA. PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR, QUE DEVE SOBREPUJAR O DOS PAIS. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (PRESIDENTE) E DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR.

Porto Alegre, 11 de março de 2009.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Viviane Oppitz, contra a decisão de fls. 12, que revogou a decisão exarada às fls. 83/84, reconsiderando a decisão que suspendeu as visitas do genitor ao infante.

Sustenta a recorrente em suas razões, que a decisão recorrida apoiou-se em conclusões observadas no laudo pericial elaborado pela psicóloga Simone Angélica Luz, que termina por recomendar o restabelecimento das visitas paternas e sugere tratamento psicológico da agravante e continuação do acompanhamento psicopedagógico e fonoaudiológico do menor. Informa que em 30/12/03, após a separação, os litigantes celebraram acordo judicial, em que ficaram estabelecidas obrigações e deveres de cada um em relação ao filho Luciano. Ressalta que após, o recorrido promoveu o feito de alteração de guarda do filho, renovando as queixas que se apresentam desde a separação do casal. Destaca a peça de reconvenção, em que relata as queixas do infante quanto ao comportamento paterno. Refere o Estudo Social a cargo da Assistência Social do Juizado, datado de 09/04/08, contendo entrevista da agravante, do menor e visita domiciliar. Ressalta as informações do Serviço de Psicologia da FEEVALE, que vinha realizando tratamento no menor, que embasaram a decisão que suspendeu liminarmente as visitas do pai ao petiz, bem como o Relatório Psicológico firmado pela psicóloga do Centro Integrado de Psicologia da FEEVALE e pelo Coordenador do Centro, em que se encontram queixas de Luciano em relação ao pai. Arremata alegando que a motivação da decisão recorrida amparou-se em apenas uma avaliação psicológica, contrapondo-se às constatações de profissionais da área vinculados à FEEVALE e do Conselho Tutelar, acusando àquele de não merecer credibilidade. Pugna pela suspensão dos efeitos da decisão recorrida e pelo provimento do recurso.

Despacho, fls. 94, indeferindo o efeito suspensivo perseguido.

Contra-razões, fls. 100/102, requerendo seja mantida a decisão recorrida, ressaltando que o laudo que embasa a mesma, estudou as três partes envolvidas no processo, ao contrário dos demais, em que sequer o agravado foi ouvido. Informa que a recorrente responde a dois processos movidos pelo recorrido: um criminal e outro cível; o crime por falsificação de documento que juntou aos autos do processo de revisão de alimentos, e o cível, de indenização por danos morais, por haver acusado o agravado, de valer-se de forma fraudulenta, de plano de saúde empresarial. Requer seja desprovido o recurso.

O Ministério Público, representado pela eminente Procuradora de Justiça, Dra. Eva Margarida Brinques de Carvalho, opinou pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTOS

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO (RELATOR)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Viviane Oppitz, contra a decisão de fls. 12, que revogou a decisão exarada às fls. 83/84, reconsiderando a decisão que suspendeu as visitas do genitor ao infante, fixando-as nos mesmos moldes anteriores, das 18:00hs de sexta-feira até 9:00hs de domingo.

Em suas razões, a recorrente sustenta que a decisão recorrida apoiou-se apenas nas conclusões do laudo pericial elaborado pela psicóloga Simone Angélica Luz, que recomenda o restabelecimento das visitas paternas, sugere tratamento psicológico da agravante e continuação do acompanhamento psicopedagógico e fonoaudiológico do menor. Destaca a peça de reconvenção, em que relata as queixas do infante quanto ao comportamento do pai. Ressalta o Estudo Social a cargo da Assistência Social do Juizado, datado de 09/04/08, contendo entrevista da agravante, do menor e visita domiciliar, e as informações do Serviço de Psicologia da FEEVALE, que vinha realizando tratamento no menor, e embasaram decisão que suspendeu liminarmente as visitas do pai ao petiz, bem como o Relatório Psicológico firmado pela psicóloga do Centro Integrado de Psicologia da FEEVALE e pelo Coordenador do Centro. Alega que a motivação da decisão recorrida contrapôs-se às constatações de profissionais da área vinculados a FEEVALE e do Conselho Tutelar, acusando o laudo de fls. 185/202 de não merecer credibilidade.

Pelo exame dos autos, verifica-se que o embate no que diz com as visitas e ora, com a guarda do menor Luciano, de apenas 08 anos de idade, data desde a separação do casal, nos idos de 2003, quando o infante possuía apenas 05 anos de idade e, certamente, vem comprometendo seu bem estar, sua higidez física e mental, considerando-se que há relato de comprometimento do petiz nessa área, independente das desinteligências entre seus progenitores, que, por evidente, só fazem por piorar ainda mais a situação do próprio filho.

Feitas essas considerações e comungando do entendimento pacificado nesta Corte, no sentido de que os interesses do menor devem prevalecer independentemente do interesses dos pais, acolho na íntegra, o bem lançado parecer da eminente Procuradora de Justiça, Dra. Eva Margarida Brinques de Carvalho, de fls. 126/131, por exprimir meu exato entendimento, passando a transcrevê-lo em parte, modo evitar fastidiosa tautologia, *in litteris*:

[...]

A pretensão da agravante não merece guarida, porquanto com muita propriedade foi mantido o direito do genitor de visitar o filho na forma originalmente acordada pelos litigantes, com suporte no laudo psicológico elaborado pela profissional Simone Angélica Luz, cuja conclusão merece ser transcrita na íntegra (fl. 29):

'Hugo parece estar ciente das suas funções paternas, porém não está convencido, diante de tantas histórias maldosas a seu respeito de que Luciano terá uma vida saudável ao lado da mãe e a devida assistência que precisa. Questiona pois é uma mãe que está colocando o filho contra o próprio pai. Percebe-se que Viviane tem dispensado os cuidados básicos com o menino, mas tem a maternagem atravessada pelas normas e condutas de seus pais. Os dados levantados através dessa testagem não trazem elementos que comprovem as acusações que desabonam a capacidade paterna. O pai é pessoa íntegra e apresenta-se de forma coerente e equilibrada.

Entretanto, Viviane parece ter medo de perder o afeto do filho quando este demonstrou muito carinho e desejo de permanecer mais tempo com o pai, vêm num processo de afastamento do menor de seu genitor, pela síndrome de alienação parental, e dessa forma, vêm pondo em risco a saúde psicológica do mesmo, que já apersenta conseqüências da referida alienação. Segundo os estudos achados de Gardner, Luciano estaria em estágio médio com alguns indicativos de estágio avançado. Neste caso, sugere-se a busca

de um tratamento da genitora alienadora para desmitificar as crenças infundadas sob o risco de perder efetivamente o poder familiar. É preciso ressaltar a necessidade de retornar os horários de visitas ao pai, bem como da possibilidade de ampliar contatos com este que por hora se apresenta mais coerente e estável emocionalmente.

Sugere-se reavaliação após período de acompanhamento psicológico. Sugere-se também, que sejam mantidos os acompanhamentos psicopedagógicos e fonoaudiológicos do menino’.

Neste contexto, indubitável que a pretensão da agravante é afastar o convívio do filho em relação ao genitor, sendo absolutamente idôneo e confiável o relatório da profissional de confiança do juízo, nomeada sob compromisso nos autos, sendo que deste laudo a agravante teve plena ciência.

Igualmente, a avaliação elaborada por profissionais da Feevale foi unicamente feita a pedido da agravante junto ao Centro Integrado de Psicologia, ou seja, apresentado de forma unilateral, merecendo respaldo a avaliação judicial supracitada. Além disso, o Estudo Social foi realizado tão-somente com a genitora e o filho, não podendo ser desconsiderada a conclusão da profissional nomeada pelo juízo, mormente quando há indícios suficientes nos autos para corroborar as falsas assertivas da agravante contra o genitor.

Infelizmente, a conduta da mãe, ora recorrente, vai de encontro ao interesse do próprio filho, em desfrutar da companhia do seu pai, e contribuir no seu desenvolvimento de forma saudável, ainda mais por ser uma criança com dificuldades de falar e andar, necessitando de cuidados singulares.

Inclusive, a respeito da controvérsia, com muita propriedade esclarece o insigne doutrinador Paulo Lôbo, sendo oportuno trazer à baila seus ensinamentos:

‘O direito de visita ao filho do genitor não guardião é a contrapartida da guarda exclusiva. Seu exercício depende do que tiverem convencionado os separandos ou divorciandos, ou do modo como decidido pelo juiz. Constitui a principal fonte de conflitos entre os pais, sendo comuns as condutas inibitórias ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho. Muito cuidado deve ter o juiz ao regulamentar o direito de visita, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do contato permanente com ambos.’⁹

[...]

3. Em razão do exposto, o Ministério Público opina pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovido do agravo.”

Isto posto, nego provimento ao agravo de instrumento.

DR. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR - De acordo.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70028169118, Comarca de Novo Hamburgo: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LUCIA HELENA CAMERIN

⁹ Direito Civil, Famílias, 2ª. Ed., Saraiva:2009, p. 175.

ANEXO D – RECURSO INOMINADO Nº 71001717693

RECURSO INOMINADO Nº 71001717693

RELATOR: RICARDO TORRES HERMANN

RECORRENTE: FRANCISCO CARVALHO

RECORRIDO: MARLY WASCHBURGER

EMENTA

AÇÃO DE COBRANÇA. AQUISIÇÃO DE ROUPAS EFETUADA POR MENOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. EM QUE PESE ESTAR A MENOR SOB A GUARDA EXCLUSIVA DA MÃE, RESPONDE O PAI PELOS ATOS POR ELA PRATICADOS, NOS TERMOS DO ART. 932, INC. I E ART. 1.632, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, POIS O PODER FAMILIAR NÃO SE ALTERA PELA SEPARAÇÃO JUDICIAL. ASSIM, O RÉU É LEGÍTIMO PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO. 2. TENDO A FILHA MENOR DO RÉU REALIZADO A COMPRA, O QUE FOI ADMITIDO EM SEDE RECURSAL, TEM O DEMANDADO O DEVER DE EFETUAR O PAGAMENTO CORRESPONDENTE, RESPONDENDO ASSIM PELO ATO DA MENOR. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DR. HELENO TREGNAGO SARAIVA E DR. JOÃO PEDRO CAVALLI JÚNIOR.

Porto Alegre, 09 de outubro de 2008.

DR. RICARDO TORRES HERMANN,
Relator.

RELATÓRIO
(Oral em Sessão.)

VOTOS

DR. RICARDO TORRES HERMANN (RELATOR)

A sentença merece ser confirmada por seus próprios fundamentos, o que se faz na forma do disposto no art. 46, da Lei nº 9.099/95¹⁰, com os acréscimos constantes da ementa que integra este acórdão.

Voto, pois, no sentido de negar-se provimento ao recurso, condenando o recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa, suspendendo no entanto a exigibilidade dos ônus sucumbenciais, em face de o recorrente desfrutar do benefício da Assistência Judiciária Gratuita.

DR. HELENO TREGNAGO SARAIVA - De acordo.

DR. JOÃO PEDRO CAVALLI JÚNIOR - De acordo.

DR. RICARDO TORRES HERMANN - Presidente - Recurso Inominado nº 71001717693, Comarca de Esteio: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Juízo de Origem: 1. VARA ESTEIO - Comarca de Esteio

¹⁰ **Art.46.** O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

ANEXO E - MODELO DE ACORDO DE GUARDA COMPARTILHADA

MODELO DE GUARDA COMPARTILHADA (COLORADO)

Exemplo de Acordo de Separação - Colorado

Este acordo é celebrado entre R.L., domiciliado à ... e M.L., domiciliada à

R. e M. casaram-se em ... e separaram-se em

Têm dois filhos, B. (oito anos de idade) e K. (seis anos de idade). Devido a disputas e diferenças irreconciliáveis, R. e M. decidiram viver separados e obter o divórcio legal. Tendo em vista seu desejo de viverem separados para o resto de suas vidas, R. e M. decidiram dividir suas propriedades e suas posses e acordar as disposições para custódia e sustento de seus filhos.

R. e M. acordam os seguintes pontos:

Custódia dos Filhos

M. e R. são pais dedicados que, apesar de estarem se separando, querem que seus filhos tenham uma relação plena e positiva com seu pai e sua mãe. À luz de seu interesse comum por B. e K., ambos os pais concordam em estabelecer uma custódia conjunta legal de seus filhos. O significado de custódia conjunta é definido abaixo:

1. Residência e Visitas

1. As crianças alternarão seu local de residência a cada três semanas de modo a morar a mesma quantia de tempo com cada um dos pais. Esta disposição será testada durante seis meses contados a partir da data da assinatura do acordo. Se este sistema for satisfatório, será mantido. Caso contrário, um novo sistema de alternância mensal será testado pelos próximos seis meses. Transcorrido um ano da assinatura do acordo, um acordo final será celebrado entre R. e M. dispondo sobre a duração da alternância de residências de seus filhos. Um mediador ou árbitro será utilizado se necessário.

2. Os filhos deverão visitar cada um dos pais e com ele passar dois fins de semana por mês, a despeito de onde a criança esteja morando o restante do tempo. Um fim de semana vai da sexta-feira à tarde (começando entre 3h00 e 3h30) até o domingo à noite. O pai que buscar a criança para a visita é responsável pelo jantar de sexta-feira ou pelo de domingo.

3. Uma noite por semana, o pai com quem a criança não estiver morando tem direito a passar uma noite com K. e B. Esta noite será combinada mutuamente entre os pais, consultando-se as crianças. A noite preferencial para estas visitas é a de quarta-feira. Estas visitas noturnas começam antes do jantar (5h30 - 6h00) e terminam após o café da manhã (8h30 - 9h00) do dia seguinte.

4. Uma noite por semana, o pai com quem a criança não está morando pode receber um filho para passar a noite. Este é um momento especial para o pai e o filho ficarem juntos a sós.

1) Cada filho terá uma noite designada para visitar o pai com quem ele não está morando.

2) As mesmas disposições acima contidas aplicam-se para esta noite.

5. Quando um filho completar dez anos de idade, os pais, consultando também o filho, podem decidir que ele more com um dos pais por períodos maiores do que o combinado. Tal acordo começará se a criança quiser passar um período maior com um pai em particular, ou se ambos os pais considerarem que este período maior de residência será benéfico para o seu bem-estar emocional.

2. Feriados

1. Os filhos passarão os seguintes feriados no ano de 1983 com cada um dos pais como designado abaixo: Véspera de Natal- R.

- Dia de Natal- M.
- Dia de Ação de Graças – R.r
- Dia dos Pais – R.
- Páscoa – M.
- Dias das Mães – M.
- A programação para a Véspera de Natal, dia de Natal, Páscoa e Dia de Ação de Graças será alternada nos anos subseqüentes.

2. Os pais têm a opção de receberem visitas de seus filhos em seus (dos pais) aniversários.

3. Nos aniversários dos filhos:

- 1) Os pais se alternarão para fazer festas de aniversário para cada filho.
- 2) O pai que organizar a festa ficará responsável pelas despesas. O outro pai ficará responsável apenas pelo seu próprio presente para seu filho.
- 3) O pai que não organizar a festa terá direito a freqüentá-la.
- 4) Os aniversários são datas especiais em si mesmas e não contam como dias de visita.

3. Férias

1. Cada um dos pais pode passar duas semanas de férias por ano com ambas as crianças. Férias significam um tempo ininterrupto com a criança.

1. As férias devem ser passadas com ambos os filhos.

2. O lugar das férias é de escolha do pai que as desfruta.

3. Se as férias caírem no período em que os filhos estiverem morando com o outro pai, eles poderão passá-las com quem está tirando as férias. Entretanto, ao voltar eles completarão o tempo restante na alternância de três semanas na casa do pai em que estavam morando antes das férias.

4. As despesas dos filhos durante as férias são de responsabilidade do pai que as acompanha nas férias. No entanto, o pai que não está em férias irá dar a cada filho em dinheiro para ser gasto no período de duas semanas.

4. Visitas dos Avós

1. Os avós devem visitar os seus netos quando estes estiverem morando com o pai apropriado, isto é, os pais de M. visitarão os netos quando eles estiverem com ela, e os pais de R.r visitarão os netos quando eles estiverem com ele.

2. Em caso de morte de R. ou M. os pais do falecido terão direito a visitas a seus netos. Estas consistirão em uma visita por mês, cuja duração poderá chegar a até um fim de semana. Um final de semana vai de sexta-feira à tarde até domingo à noite.

5. Assistência Médica e de Saúde

1. Se um dos filhos necessitar de assistência médica, é responsabilidade do pai com quem ele está morando levá-lo ao médico.

2. Decisões de maior complexidade a respeito da assistência de saúde de ambos os filhos serão tomadas em conjunto por R. e M.

3. Os filhos serão mantidos no plano de saúde que atualmente cobre R. Ambos os pais concordam em utilizar este plano para as crianças. Se uma mudança de plano de saúde for antecipada, a revisão deste acordo será feita através de consultas entre R. e M.

4. Se um plano de assistência odontológica for contratado por R., ambos os pais concordam em utilizá-lo.

6. Educação

1. M. e R. concordam em continuar a utilizar a mesma pessoa que cuida das crianças e manter seus procedimentos a respeito desta matéria. Eles também consultarão um ao outro caso novos arranjos para o cuidado das crianças sejam necessários.

2. As crianças permanecerão em escolas públicas, seja no distrito escolar de M. ou de R. Mudanças de escola serão feitas mediante consulta entre ambos os pais.

7. Morte de um dos pais

1. No caso da morte de R. ou M., o pai remanescente tornar-se-á o único guardião de ambos os filhos, e eles passarão a morar com ele.

2. Em caso de morte de ambos os pais, os pais de M. assumirão a guarda legal das crianças.

8. Mudança

1. No caso de um dos pais se mudar da área metropolitana de Denver (composta de cinco condados), ele ou ela perdem o direito à custódia física dos filhos para o pai que permanecer dentro daquela área de cinco condados.

2. Quando a criança completar dez anos de idade, os pais, consultando a criança, podem decidir com quem ela irá morar. Esta decisão pode resultar na mudança da área de Denver.

1. Se os pais não conseguirem chegar a uma decisão em conjunto a respeito de onde a criança irá morar, R. e M. acordam em utilizar mediação ou arbitragem para tomar esta decisão.

2. Se uma mudança de residência for necessária para a criança, esta mudança ocorrerá, se possível, no intervalo entre os anos escolares.

Sustento das Crianças

1. Despesas do dia-a-dia

1. M. e R. concordam em pagar as despesas de habitação e alimentação

necessárias para as crianças quando estas estiverem morando com elas.

2. Os pais dividirão igualmente o custo de brinquedos e remédios para cada filho.

2. Despesas Médicas

1. R. concorda em assumir os custos de todos e quaisquer planos ou seguros de saúde que cubram as crianças.

2. R. concorda em cobrir os custos dos aparelhos ortodônticos de B.

3. Educação

1. R. assumirá os custos da pessoa que toma conta das crianças até que este tipo de supervisão não seja mais necessária.

2. A suspensão deste tipo de atividade (tomar conta das crianças) será decidida em conjunto por M. e R.

3. R. e M. concordam em estabelecer um fundo para educação superior (universitária) dos filhos.

1. Cada um dos pais contribuirá com 1% de sua renda para este fundo, começando no ano fiscal de 1984. A contribuição de cada um dos pais aumentará para 2% em 1987.

2. Caso um dos pais pare de trabalhar, ele ou ela continuará contribuindo para este fundo na taxa de 1 % de sua renda no último ano em que trabalhou.

Divisão de Propriedades

1. R. e M. afirmam que a renda e as propriedades listadas no apêndice A deste acordo representam a totalidade de seus bens e obrigações individuais e coletivos.

2. Os bens listados acima serão divididos da seguinte forma:

M. e R. L. afirmam que todas as informações contidas neste acordo são verdadeiras, e afirmam ainda que agirão de boa-fé para cumprir os termos deste acordo.

ANEXO F – PROJETO DE LEI N° 94/2002

PROJETO DE LEI DA CÂMARA N° 94, DE 2002.

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II DOS MEDIADORES

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos

desta Lei.

Art. 10. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III

DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

§ 5º No caso de atuação de defensor público como mediador, o registro, a fiscalização e o controle da atividade serão realizados pela Defensoria Pública.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:
nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
indicação da causa de impedimento ou suspeição;
razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do

conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

- I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;
- II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;
- IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;
- V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;
- VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu

defensor público ou advogado, sendo, no último caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

- I – na ação de interdição;
- II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;
- III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;
- IV – no inventário e no arrolamento;
- V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;
- VI – na ação de retificação de registro público;

VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII – na ação cautelar;

IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a

retomada do processo judicial.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

Art. 44. Fica acrescentado à Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art. 331-A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior.”

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de cento e oitenta dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor quatro meses após a data de sua publicação.

Sala das Comissões, 21 de junho de 2006.