

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Thais Dallanhol Tremarin

A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA  
E DA MEDIAÇÃO FAMILIAR FRENTE AO PRINCÍPIO  
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE

Passo Fundo

2012

Thais Dallanhol Tremarin

A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA  
E DA MEDIAÇÃO FAMILIAR FRENTE AO PRINCÍPIO  
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE

Monografia apresentada no curso de Direito,  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
Passo Fundo, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Ciências  
Jurídicas e Sociais, sob orientação da  
professora Me. Fernanda Oltramari.

Passo Fundo

2012

"As pessoas veem estrelas de maneiras diferentes. Para aquelas que viajam, as estrelas são guias. Para outros, elas não passam de pequenas luzes. Para os sábios, elas são problemas. Para o empresário, eram ouro. Mas todas essas estrelas se calam. Tu, porém, terás estrelas como ninguém nunca as teve...

Quando olhares o céu à noite eu estarei habitando uma delas, e de lá estarei rindo; então será, para ti, como se todas as estrelas rissem! Dessa forma, tu, e somente tu, terás estrelas que sabem rir."

O pequeno príncipe

Para você, Marcelinho, que agora é uma estrela...

Saudades...

Agradeço este trabalho:

A Deus, sempre fiel, por ter me oferecido a oportunidade de viver, evoluir a cada dia e conhecer todas as pessoas que citarei abaixo.

Aos meus queridos pais, Osmar e Salete, a quem devo minha vida, todo meu amor, respeito, conhecimento e formação e que, de forma maravilhosa, ensinaram-me o verdadeiro sentido do vocábulo família.

Ao Saulo, meu marido, com quem compartilho meus melhores sentimentos, meus sonhos e meu desejo de ser sempre melhor. Obrigada pela sua presença – mesmo distante – carinhosa e paciente.

À minha irmã, Gabriela, por todo amor que existe entre nós. És meu orgulho!

À professora orientadora Fernanda Oltramari, pelo vasto conhecimento dispensado, pelo exemplo de profissional e mestre. Pela compreensão, atenção, comprometimento. És um modelo a ser seguido!

“Quem ama cuida; cuida de si mesmo, da família, da comunidade, do país – pode ser difícil, mas é de uma assustadora simplicidade e não vejo outro caminho”.

Lya Luft



## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo realizar um estudo sobre o instituto da mediação familiar, visando estabelecer uma relação entre a guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, para seu desenvolvimento, é utilizado o método hipotético-dedutivo, com base em conceitos amplos, buscando premissas particulares. São, também, formuladas hipóteses para o caso concreto, sempre amplamente amparadas pela literatura na área, seja por livros ou artigos científicos, seja pela jurisprudência voltada para o tema central. Tem como foco o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que, para que seja efetivado, dois outros temas, de relevante importância jurídica, foram estudados. Um deles é o instituto da guarda compartilhada, que, embora conhecido no mundo jurídico, neste estudo, prevaleceu diante dos benefícios abrangidos aos menores quando utilizado. Além disso, trouxe à tona outro instituto: a mediação familiar. Este, por seu turno, configura-se como a maneira mais eficaz e rápida de solucionar questões relacionadas aos problemas familiares, eis que calcada no diálogo e na busca pelo comprometimento do casal em relação ao filho, mesmo após a ruptura conjugal.

*Palavras-chave:* Guarda compartilhada. Mediação familiar. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....</b>	<b>10</b>
1.1 Surgimento, conceito e as características das famílias .....	10
1.1.1 Da família patriarcal à família do século XXI.....	11
1.2 Poder familiar .....	14
1.2.1 Conceito.....	15
1.2.2 Poder familiar: características atuais .....	16
1.3 Formas de limitação do poder familiar.....	18
1.3.1 Suspensão do poder familiar .....	19
1.3.2 Destituição ou perda do poder familiar .....	21
1.3.3 Extinção do poder familiar .....	23
<b>2 DA GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>26</b>
2.1 Deveres e direitos dos genitores .....	27
2.2 Evolução legislativa: da guarda única à guarda compartilhada.....	29
2.2.1 Guarda alternada e guarda compartilhada: necessidade de diferenciação.....	32
2.3 A guarda compartilhada: uma solução possível .....	34
2.3.1 Breves considerações sobre a guarda compartilhada – lei nº 11.698/2008 .....	34
2.3.2 Aplicação da lei nº 11.698/08 e o papel do magistrado.....	39
<b>3 MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA DIRIMIR CONFLITOS E ATINGIR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....</b>	<b>43</b>
3.1 O instituto da mediação familiar .....	43
3.1.1 O mediador familiar.....	48
3.2 O princípio de melhor interesse da criança e do adolescente .....	50
3.3 Mediação familiar como instrumento de implementação da guarda compartilhada visando o princípio do melhor interesse do criança e do adolescente .....	55
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a importância do instituto da mediação familiar como sendo um instrumento para a concretização da guarda compartilhada, quando há dissolução do vínculo afetivo entre o casal, visando atingir o melhor interesse da criança e do adolescente.

Justifica-se o presente estudo, visto que ambos os temas centrais – mediação e guarda compartilhada – envolvem a questão social, uma vez que, ao longo dos anos, as sociedades conjugais mudaram e, dessa forma, proporcionaram o surgimento de muitas formas de famílias. Essas, por sua vez, caracterizadas pelas diferenças inquestionáveis com relação à família de modelo patriarcal. Porém, ambas, modernas ou não, no caso de o casal passar por rompimento, necessitam de um suporte buscando garantir os direitos inerentes às crianças.

Nesse sentido, nota-se a utilidade do instituto da mediação familiar, o qual se firma na comunicação/diálogo para solucionar as divergências oriundas do término de um relacionamento. Embora exista grande necessidade de um término pacífico, acima de tudo, busca-se a formação social, intelectual de um ser humano, o qual é apenas uma criança, carente de todos os tipos de cuidados.

Nesse prisma, quando se fala em mediação e guarda compartilhada, existe a necessidade de levar em consideração uma meta: o interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, são temas que vêm crescendo na área jurídica e no qual cada vez mais os operadores do direito terão que se atualizar, por requererem uma atenção especial.

Além disso, tendo em vista que o compromisso do Judiciário é resolver conflitos da melhor e mais rápida maneira, a mediação aparece como uma fórmula menos morosa e dolorosa de sanar os litígios familiares, de forma empírica e gerando compromissos, tais como a guarda compartilhada da criança. É por esses motivos que a legislação e reflexões doutrinárias vêm crescendo e crescerão ainda mais no que concerne a essa temática.

A lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, trouxe à baila a guarda compartilhada e com ela muitas reflexões no mundo jurídico, dentre as quais figuram os seguintes questionamentos: há como o magistrado aplicar o instituto da guarda compartilhada sem o consentimento dos pais? Existe possibilidade da aplicabilidade deste modelo de guarda quando há uma relação de animosidade entre os genitores?

Frente a essas questões a respeito do modelo de guarda, surge outra, paralelamente, intimamente ligada ao menor: o instituto da mediação familiar quando utilizado na guarda

compartilhada é eficaz para a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente? Nesse sentido é que se encaminha a presente pesquisa.

Utiliza-se, para efetivar essa pesquisa, o método hipotético-dedutivo, tendo como premissa buscar noções gerais visando o particular, partindo de conclusões amplas, complexas buscando uma direção mais particular, fundamentada no raciocínio lógico, bem como a formulação de hipóteses para o caso. Esse método mostra-se pertinente, uma vez que, a partir dos institutos da mediação e da guarda compartilhada, pretende-se buscar o efetivo exercício do princípio constitucional do melhor interesse da criança. Concomitantemente, o procedimento será realizado por meio de pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudência e no direito comparado que abranjam o tema proposto.

O presente estudo encontra-se estruturado em três capítulos. O primeiro tratará da história e da evolução da família, desde a família patriarcal até a família do século XX, bem como se debruça sobre o conceito do poder familiar, seus delineamentos históricos e suas formas de limitação.

O segundo capítulo, por sua vez, trará como foco o instituto da guarda compartilhada como uma solução possível, trazendo, inicialmente, sua evolução legislativa, desde a guarda única à guarda compartilhada. Nesse capítulo, faz-se necessária a diferenciação da guarda conjunta com a guarda alternada, bem como dos deveres e direitos inerentes aos genitores.

Por último, abordar-se-á o instituto da mediação familiar, além de mostrar a importância da figura do mediador nesta seara. Além disso, apresenta a guarda compartilhada como a alternativa de guarda mais eficaz do desenvolvimento das crianças. Contudo, essa necessita ser tratada de forma superior, voltada para a harmonia e o comprometimento, objetivando uma convivência familiar digna.

## 1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Neste primeiro capítulo será abordada a história e evolução da família, bem como o conceito do poder familiar, seus delineamentos históricos e suas formas de limitação. Antigamente esse poder era delegado ao patriarca do grupo familiar, contudo, na atualidade, principalmente com o princípio da igualdade, muitas mudanças ocorreram, dentre as quais se destaca o fato de que aquele se tornou um dever de todos os membros da família. Dessa forma, com a nova legislação, o poder familiar se tornou um dever, mas também um direito de todos os componentes da família, visando a melhor convivência familiar.

Nesse sentido, considera-se de grande valia um apanhado sobre tais pontos, visto que o entendimento desses é de suma relevância para a compreensão do assunto que permeia este trabalho.

### 1.1 Surgimento, conceito e as características das famílias

Desde cedo o ser humano sabe que há necessidade de viver em coletividade, ninguém consegue viver isolado. Viver em grupo é uma característica nata do humano, é um dos diferenciais que o distingue dos demais seres. Dessa forma, o seio familiar se apresenta como um exemplo clássico dessa necessidade. “Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito” (DIAS, 2010, p. 27). Dentro desse contexto, a Constituição Federal, no seu art.226<sup>1</sup>, caput, conceitua família como sendo a “base da sociedade” e, por isso, “tem especial proteção do Estado”.

No referido artigo constitucional, tem-se o que o ordenamento jurídico considera como família, a saber: a do casamento, a da união estável, a família monoparental.

---

<sup>1</sup> “Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união entre o homem e a mulher com entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Além do conceito acima, como é sabido, a palavra família, tanto no sentido popular, quanto nos dicionários, significa “grupo de pessoas aparentadas que vivem sob o mesmo teto” (CEGALLA, 2005, p. 411).

Nesse sentido, Giselle Câmara Groeninga conceitua família da seguinte forma:

A família, em primeiro, lugar, é um sistema e, como tal, o todo da família é maior do que a soma das partes, dos membros que a compõem. Seus elementos estão em interação, que os mantém em uma relação de interdependência. Assim, o que ocorre com um elemento afeta, em graus diferentes, de acordo com a intensidade da relação de assimetria e dependência, aos demais. Embora a independência exista entre todos os elementos, sua intensidade é significativamente maior que as crianças e os adultos, vez que um dos objetivos constituintes da família é, sobretudo, o cuidado com a prole (2008, p. 22).

Historicamente, quando se recorre ao verbete família, de imediato, surge a ideia de grupo de pessoas, unidas em uma única moradia e buscando alcançar objetivos comuns, principalmente à subsistência de todos que habitam o lar. Todavia, hoje não se pode mais falar na tradicional família, uma vez que esse instituto sofreu várias alterações, se adaptando com as mudanças ocorridas no tempo.

### 1.1.1 Da família patriarcal à família do século XXI

A família, desde sempre, é um reflexo das mudanças ocorridas em cada época, somando a influência que a religião, a política, os costumes, a economia exerceram sobre ela.

Em princípio, a família era constituída pelo pai, ser superior dentro dela, sua esposa, filhos e demais componentes provindos desses. Essa família “é denominada de Patriarcal, a qual teve predominância na Antiguidade Ocidental” (OLIVEIRA, 2006, p. 47). Aqui, o homem era aquele que coordenava a família e, perante os demais membros, possuía a prerrogativa de obter obediência e respeito.

Posteriormente, há o surgimento de uma nova forma de família: a proletária, também chamada de nuclear. Devido à industrialização, aquela passou a ser um tanto reduzida, sendo formada por uma família nuclear, diferentemente da patriarcal, a qual era numerosa. Agora, formada pelo pai, a mãe e os filhos. Dessa forma, o pai era encarregado de prover o sustento

da esposa e dos filhos, trabalhando de forma integral e, para a esposa, cabia exclusivamente o cuidado dos filhos e dos afazeres do lar. Pontua Gilberto Oliveira que “com o advento da industrialização, houve a substituição do convívio na família extensa pelo convívio na família nuclear. Esta, com um número reduzido de membros, composta pelos pais e respectivos filhos” (2006, p. 47).

Cabe ressaltar que esse modelo de família sofreu alterações profundas, não na estrutura – pai e mãe –, mas sim na funcionalidade, mesmo assim sobrevive. A mulher, por sua vez, com as mudanças ocorridas, passou a frequentar o mercado de trabalho, provendo, também, o sustento da casa e dos filhos. Os homens passaram a se preocupar mais com o cuidado dos filhos e, inclusive, com a organização do lar.

Levando em consideração a história e os reflexos por ela obtidos, salienta-se que devidos a vários fatos, dentre eles, o posicionamento da mulher moderna, a sociedade familiar é extremamente diferente, sequer aproximando-se daquela estrutura fechada do modelo patriarcal.

Com isso, hoje se tem a moderna família nuclear ou reconstituída, formada principalmente por um dos genitores e seus filhos. Esse modelo de família está disposto na Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 4º, a saber: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, também chamada de monoparental. Segundo Maria Berenice Dias, “a Constituição, ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (2009, p.48). Como exemplo, pode-se elencar: mãe e filhos, avô e netos, pai e filhos.

Esse modelo surgiu, basicamente, depois do pós-guerra, uma vez que as mulheres viúvas da época precisavam criar seus filhos sozinhas, formando, então, uma nova família, diferentemente das anteriores. Além disso, devido ao grande número de separações conjugais, a qual obriga um do casal a continuar com o sustento e administração do lar e dos filhos – quando não há consenso –, bem como a moderna produção independente, comum atualmente entre as mulheres.

A propósito, convém ressaltar que a Constituição Federal de 1988 em nenhum dos seus artigos mencionou a união entre os casais homossexuais, somente o fez com relação à união entre homem e mulher. Esse tipo de família, formada por homossexuais, denominada de homoafetiva, já compõe uma situação corriqueiramente apresentada na sociedade atual.

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicamente somente às uniões entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. 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 Constituição consagra, em norma pétreia, o respeito à dignidade da pessoa humana (DIAS, 2009, p. 47).

Entretanto, em recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, os ministros decidiram pelo reconhecimento da união estável para casais homossexuais, de acordo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277, Distrito Federal, de maio 2009. Marianna Chaves destaca, com louvor, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, salientando a efetividade do princípio da igualdade, bem como a garantia dos direitos dos cidadãos, ancorados pelo Estado democrático de direito, a saber:

Com argumentos ora convergentes, ora divergentes na fundamentação dos seus votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro outorgaram o "selo" de família às uniões homoafetivas, e entenderam que as mesmas estão submetidas ao regime da união estável, de onde decorre uma vasta gama de direitos e deveres. A decisão possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. Com o julgamento - e como restou evidenciado em cada voto - a Suprema Corte espancou a intolerância e o preconceito, fazendo valer o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A partir disso, as uniões homoafetivas passam a ser tratadas como um novo tipo de família, possibilitando assim que pessoas do mesmo sexo adotem e registrem crianças em seus nomes. Entre outras medidas, consta também o direito à herança em caso de morte do companheiro e à pensão alimentícia (ZERO HORA, 05.05.2011).

É notória a importância dessa decisão, pois reforça o compromisso com a diversidade, com a democracia e a progressividade tão exaltada pela Constituição Cidadã, muito embora esquecida nesse ponto. A Ministra Ellen Gracie, a esse posicionamento, destaca que “não estamos legislando para pessoas distantes e desconhecidas, estamos alargando as oportunidades de felicidade para nossos vizinhos, nossos colegas de trabalho, nossos amigos e nossa família” (ZERO HORA, 06.05.2011). O Ministro Marco Aurélio Mello justifica sua decisão baseado no princípio da dignidade humana, norte de toda a Constituição Federal:

“extraio do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação do reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226<sup>2</sup>. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil<sup>3</sup> está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual” (ZERO HORA, 06.05.2011).

Depara-se a uma época de grandes modificações familiares e que requer categorias conceituais nos modelos atuais, que se não se encontram no linguajar. Vive-se constantes transações familiares e estas variam conforme a idade, sexo e condição social. Existe, agora, a família recomposta, a segunda família, a terceira família. Mas, o que realmente importa, “é que este novo tipo de família não é uma releitura do modelo antigo e sim que cada espécie tem a sua característica, sua identidade, não necessitando seguir modelos já conceituados” (MADALENO, 2004, p. 22).

Portanto, não existe modelo ou conceito para a família atual. O que importa são as atitudes de afeto e comprometimento com a instituição, sendo que os valores e os laços de afetividade necessitam prevalecer na vida em comum, acima de qualquer preconceito.

## 1.2 Poder familiar

De maneira rasa, poder familiar é o dever e o direito conferido aos pais com a finalidade de proteger o menor, sendo indispensável seu exercício em virtude das qualidades inerentes aos genitores, tais como sustento e educação dos filhos. Washington de Barros Monteiro salienta:

<sup>2</sup> “Artigo 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>3</sup> “Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”.

Modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito na atualidade, graças à influência do cristianismo é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística (2007, p. 347).

Diante de tal compromisso, a legislação existente exige certo comprometimento dos pais em relação ao poder familiar, principalmente após a igualdade entre homem e mulher. Porém, caso não cumpram com o dever inerente àquele, existem certas atitudes para que o poder familiar seja exercido de forma a prevalecer o interesse do menor.

### 1.2.1 Conceito

O poder familiar está situado num contexto muito complexo, pois está ligado aos direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos, por conseguinte, menores de idade, incapazes no mundo jurídico, bem como os bens destes. Maria Helena Diniz, nesse sentido, aduz que “a proteção dos pais sobre os filhos advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens” (2002, p. 439).

Com o passar do tempo e, principalmente, a partir do atual ordenamento civil, utiliza-se ao invés de pátrio poder, a denominação poder familiar. Essa alteração está diretamente relacionada com a igualdade de sexo dentro das relações familiares, agora tanto o pai quanto a mãe estão no mesmo patamar de igualdade quanto o direito e deveres em relação aos filhos, diferentemente do que acontecia antigamente, quando era o pai que exercia maior influência.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, “o poder familiar se caracteriza como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais à pessoa e aos bens dos filhos menores” (2005, p. 57).

Referindo-se ao aludido instituto, Maria Helena Diniz leciona que:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos (2011, p. 588).

No mesmo caminho, Silvio Rodrigues conceitua como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (2004, p. 354). Por sua vez, Silvio Venosa entende como “o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e aos seus bens” (2007, p. 287).

É necessário ressaltar, na visão de Arnaldo Rizzardo, as seguintes considerações acerca do referido instituto:

É o poder familiar indispensável para o próprio desempenho ou cumprimento das obrigações que têm os pais de sustento, criação e educação dos filhos. Assim, impossível admitir-se o dever de educar e cuidar do filho, ou de prepará-lo para a vida, se tolhidos o exercício de certos atos, o cerceamento da autoridade, da imposição dos estudos, do afastamento de ambientes impróprios etc. Daí a íntima relação no desempenho das funções derivadas da paternidade e da maternidade com o exercício do poder familiar (2004, p. 603).

Por sua vez, Ana Carolina Akel afirma:

Para diversos doutrinadores, o poder familiar, nos tempos atuais, constitui uma gama de obrigações para os pais, sem qualquer preocupação de incluir em sua definição direitos a eles inerentes. Assim, poder familiar é menos poder e mais dever, exteriorizando através de um múnus, ou seja, um encargo legal atribuído aos pais, em virtude de certas circunstâncias, o qual não se pode contestar (2008, p. 11).

Assim, percebe-se que, ao longo do tempo, de maneira progressiva, o vocábulo “poder” está relacionado mais ao vocábulo “dever”, em virtude da obrigação de ambos os pais em criarem seus filhos com responsabilidade, de acordo com os preceitos legais e visando, acima de tudo, o melhor para aqueles.

### 1.2.2 Poder familiar: características atuais

A Constituição Federal de 1988 trouxe dispositivos importantes e marcantes para o direito de família, como a igualdade entre homem e mulher. O Código Civil, observando os

preceitos daquela, alterou os dispositivos referentes aos deveres individuais entre marido e mulher para a redação de deveres recíprocos entre os cônjuges. Dessa forma, em relação aos filhos, ambos os genitores passaram a exercer, com igualdade, o poder familiar. Em virtude disso, como já fora referido, a expressão pátrio poder passou a ser referida como poder familiar, visto que as famílias não são governadas ou regidas somente pelo homem. Paulo Luiz Netto Lôbo explica, de forma sintética, as mudanças ocorridas no seio familiar e os reflexos na legislação brasileira:

O poder familiar é a dominação que adotou o novo Código Civil para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício do poder dos pais sobre os filhos, - para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres (2001, p. 153).

Quanto à igualdade de ambos os pais no dever de cuidado com os filhos, o artigo 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro, afirmando que “será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. Cabe mencionar que o Código Civil apenas limita-se a dizer, no artigo 1.630, que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Ana Carolina Brochado Teixeira salienta:

Diferentemente do que ocorre na Itália e na França, quando os pais se separam, se divorciam ou tem seu casamento anulado ou declarado nulo, continuam detentores da autoridade parental, conforme artigo 1.632, do CC. O art. 1.579 do mesmo diploma, em sentido similar ao dispositivo supracitado, estabelece que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (2008, p. 257).

Diante disso, ambos os genitores podem exercer a autoridade parental, contudo nem o pai nem a mãe perde o poder familiar com o divórcio ou a dissolução da união estável, de acordo com o artigo 1.632, do Código Civil, o qual reza que “a ruptura judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

### 1.3 Formas de limitação do poder familiar

A autoridade dos genitores perante seus filhos não pode ser considerada como absoluta, pois cabe, quando necessário, aos operadores do direito, o alinhamento da legislação pátria ao exercício de poder familiar, principalmente quando certas regras inerentes à criança e ao adolescente não são efetivadas.

Afirma Maria Helena Diniz:

Sendo o poder familiar um múnus público que deve ser exercido no interesse dos filhos não emancipados, o Estado controlá-lo, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação (2011, p. 600).

No mesmo sentido, Ana Carolina Silveira Akel entende que “a ingerência do Estado tem por escopo salvaguardar os interesses pessoais e patrimoniais dos menores, evitando que ocorram arbitrariedades por parte dos pais” (2008, p. 33).

Complementa ainda a jurista que:

Por se tratar de um múnus público, sujeito à fiscalização e controle do Estado, na hipótese de haver alguma incompatibilidade do exercício do poder familiar por parte de qualquer dos genitores, vislumbra-se a possibilidade do magistrado privar seu exercício, temporariamente, em benefício do filho, nomeando-se um curador especial ao menor, quando ambos os pais se encontrarem nesta situação (2008, p. 43).

Dessa forma, os genitores tem liberdade quanto ao poder familiar, porém, limitada às determinações impostas pela lei. Desconsiderando as regras determinadas por essa, os genitores podem sofrer certas punições do Estado, tais como a suspensão e até mesmo a destituição do poder familiar.

### 1.3.1 Suspensão do poder familiar

O poder familiar se caracteriza como uma função inerente aos pais de cuidar e educar seus filhos, visando atender aos interesses dos menores. Todavia, quando ocorre o abuso de autoridade dos pais ou de um dos pais em relação ao filho, tal poder é suspenso. Nesse sentido, o Código Civil, no artigo 1.637, reza:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Percebe-se, pela leitura do referido artigo, que além da suspensão do poder familiar pelo abuso de autoridade, outros fatos podem levar à suspensão. Dessa forma, é através do abuso de autoridade, bem como o arruinamento dos bens dos filhos e, também, quando há perigo iminente de segurança para os menores, que se dá este tipo de punição.

Os deveres inerentes aos pais estão dispostos, também, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 22, a saber: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Contudo, no referido estatuto, as crianças e adolescentes são consideradas como sujeitos de direitos, tais como direito à liberdade, à dignidade, à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, bem como salienta o repúdio a qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. E, para isso, a responsabilidade não fica restrita somente aos genitores, mas se estende ao Estado e à sociedade em geral. Essas situações estão explícitas nos artigos 15, 17 e 18, do ECA<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> “Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

É sabido que a convivência familiar, de forma digna e pautada em valores, é a melhor forma de educação dos filhos. Nesse sentido, interromper este processo de desenvolvimento é, sem dúvida, violar a integridade física, psíquica e moral do menor.

Quando acontece a suspensão do poder familiar, os pais são suspensos de forma indefinitiva, ou seja, quando não estão cumprindo o que determina o art.1637, do mencionado código, a guarda é destituída, de forma temporária, até que possam possuir novamente os direitos de obtenção do poder familiar. Assim, trata-se de uma sanção menos grave, porque quando extinto o motivo ou a causa que fomentou a suspensão, o poder familiar é restabelecido, visando à convivência familiar. Conforme assinala Maria Berenice Dias, “a suspensão do poder familiar é medida menos grave, tanto que se sujeita a revisão. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender aos interesses dos filhos” (2010, p. 427).

A suspensão do poder familiar pode ser parcial ou total e está diretamente relacionada com a falta gravosa cometida contra as crianças ou adolescentes. Ana Carolina Brochado Teixeira frisa que “no caso da suspensão ser parcial, o outro genitor ou, na falta deste, um tutor exercerão sozinhos os atos dos quais o pai suspenso foi provado. No caso de suspensão total, não poderão praticar ato algum” (2008, p. 263).

Cabe mencionar que com a suspensão do poder familiar os genitores podem perder alguns direitos, contudo, o dever de alimentá-los não se extingue. A perda ou a suspensão do poder familiar de um ou ambos os pais não retira do filho menor o direito de ser por eles alimentado (DIAS, 2010, p. 427). Conforme Denise Damo Comel, citada por Iara Boldrini, “o encargo alimentar é uma obrigação unilateral, intransmissível, decorrente da condição de filho e independente do poder familiar”. Agora, isenta o compromisso do encargo alimentar quando a criança e o adolescente é colocado em família substituta, como por exemplo, na adoção, caso em que a nova família assume essa obrigação.

Com isso, pode-se conceituar a suspensão do poder como uma cessação do exercício deste, por uma determinação judicial e, por seguinte, quando os genitores descumprirem deveres elencados em lei. Esta suspensão se dá de modo temporário, pois, desaparecidos os motivos que geraram a suspensão, o poder familiar é reconstruído, buscando o melhor convívio familiar para a criança e o adolescente.

### 1.3.2 Destituição ou perda do poder familiar

A destituição ou a perda do poder familiar se dá por sentença judicial, dessa forma, é mais grave em relação à suspensão. É considerada uma medida imposta aos genitores, pelo magistrado, quando não cumprirem os deveres inerentes em relação aos menores.

Quando ocorre a perda, essa será determinada por decisão judicial, o que pode se dar nos seguintes casos: castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente, conforme disposto no artigo 1.638 do Código Civil.

O inciso I do artigo 1.638 dispõe que “castigar imoderadamente o filho” é uma ação que pode implicar a perda da autoridade familiar. A legislação não proíbe de forma explícita o castigo físico moderado do menor e, por isso, a maioria da doutrina afirma que a legislação proibiu os castigos exagerados, denominados de maus-tratos. Nesse sentido, embora a maior parte dos doutrinadores pense dessa maneira, existem outros que afirmam que qualquer modalidade de desrespeito físico é violência e atenta contra a dignidade da criança e do adolescente. O importante é que não haja necessidade de castigos, mesmo que seja da forma moderada. O ideal seria alcançar a disciplina através de bons exemplos e do diálogo dentro do convívio familiar.

Nesse sentido, afirma Arnaldo Rizzardo:

[...] Castigar imoderadamente o filho. Não que sejam proibidas atitudes corretivas dos pais, o que normalmente acontece e mesmo se faz necessário em determinadas circunstâncias. A própria educação requer certa rigidez na condução do procedimento do filho, que não possui maturidade para medir as conseqüências de seus atos, fato normal e próprio da idade infantil e juvenil. Em muitas ocasiões, somente se consegue um padrão médio de comportamento se imposta uma disciplina mais forte e atenta [...]” e mais “[...] A lei tolera os castigos comedidos e sensatos, necessários em momentos críticos da conduta do filho, e condena as explosões de cólera e da violência, que nada trazem de positivo. Pelo contrário, tal repressão conduz à revolta, ao desamor e ao aniquilamento do afeto, do carinho e da estima. [...] (2004, p. 612).

O abandono do filho também enseja a perda do poder familiar. Esse abandono “deve ser intencional, tomado como descuido, como atitude negligente dos pais para com o filho e pode ser tanto moral quanto material” (TEIXEIRA, 2008, p. 264). Porém, o artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente dispõe que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Então, não constitui motivo de perda a questão da pobreza, uma vez que se busca o melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, interesses que estão acima de qualquer condição financeira.

O abuso sexual também pode, quando o abusador é o próprio genitor, levar à perda do poder familiar, conforme prevê o inciso III, do artigo 1.638, do Código Civil, que prevê que “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que praticar atos contrários a moral e aos bons costumes”.

O artigo IV do art. 1.638 do Código Civil, refere-se ao fato de que o poder familiar pode ser destituído após algumas tentativas frustradas e suspensões, por decisão judicial, quando o genitor ou ambos os genitores abusar, de forma reiterada, da autoridade parental. Cabe ressaltar que se o genitor perder o poder familiar, tal perda se estende a toda prole, diferentemente da suspensão.

Existem, dentro do ordenamento jurídico, outras formas da destituição do poder familiar, como a interdição do genitor. Nessa situação, é automática a medida judicial, visto que uma pessoa que não tem capacidade civil não pode ter responsabilidades sobre qualquer pessoa, principalmente um menor.

Ressalta-se, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 24, combinado com o artigo 22 do dispositivo citado, motivos de perda da autoridade parental.

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

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

Contudo, de forma excepcional, pode haver a revogação da medida do poder familiar. A destituição “pode ser restabelecida quando provada a regeneração do genitor ou quando cessada o motivo por qual foi determinado, mediante decisão judicial” (DINIZ, 2007, p. 527). Dessa forma, em regra, a perda do poder familiar é permanente, consoante ideia do artigo 1.635, inciso, V, do Código Civil<sup>5</sup>.

Diante do exposto, a destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, se opera por via judicial, através do convencimento do juiz e, em regra, é permanente.

### 1.3.3 Extinção do poder familiar

Por sua vez, a extinção é algo mais profundo e merecedor de mais detalhes, uma vez que quando extinto o poder familiar os pais, quando causadores do fato que gerou tal extinção, não podem mais requerê-lo.

A extinção do poder familiar é uma atitude definitiva, que pode acontecer de fato natural ou via judicial, de acordo com o artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

---

<sup>5</sup> Artigo 1.635, do Código Civil: Extingue-se o poder familiar: - V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

Sujeita-se a extinção do poder familiar o genitor que reiteradamente incidir em alguma das faltas previstas no art. 1.537, do Código Civil, cominadas com a suspensão judicial do poder familiar, provenientes do abuso da autoridade parental, faltando o genitor com os deveres próprios do exercício de seu poder familiar, cujo centro de interesses é o bem-estar do menor, não agindo com correção o pai ou a mãe que arruinar os bens dos filhos (2009, p. 510).

Cabe mencionar que se extingue o poder familiar com a morte de ambos os genitores, contudo, com a morte de apenas um tal extinção não se efetiva, uma vez que o genitor vivo exercerá o poder, caso tenha as condições exigidas por lei.

Sobre o inciso II, cabe mencionar que a emancipação é causa irrevogável e necessariamente deve ter a concordância de ambos os pais, salvo se o outro já for falecido. Sobre o tema Simoni Costa Saleti Oliveira destaca que

a causa é voluntária porque depende da vontade das partes envolvidas, podendo ocorrer nos casos de emprego público, grau em ensino superior, estabelecimento civil ou comercial com a economia própria de um menor, ou quando dada por quem detém o poder familiar (2008, p. 19).

No que concerne ao inciso III, há que se ponderar que se trata de uma prerrogativa natural, visto que, com a maioridade, exceto quando incapaz, o filho já seja capaz de gerir seus atos e responsabilizar-se por esses, sem a proteção da família. Considera-se, aqui, que a pessoa está apta para praticar todos os atos civis.

No caso do inciso IV, o poder é extinto e transferido aos pais adotivos, os quais possuem, a partir da renúncia dos genitores, a obrigação do poder familiar. Conforme corrobora Rolf Madaleno:

A adoção é causa de extinção do poder familiar em relação aos pais biológicos, mas os pais precisam concordar com a renúncia ao seu poder familiar, salvo tenham deles sido destituídos, criando com a adoção um novo liame de poder familiar entre o adotante e o adotado se for menor (2009, p. 508).

Por fim, o inciso V refere-se aos seguintes casos, por decisão judicial: castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Nesse diapasão, constata-se que o poder familiar é de responsabilidade dos pais, a proteção integral dos filhos menores é obrigação de ambos. Dessa forma, quando não há nenhuma forma de limitação do poder familiar no âmbito familiar, o vínculo com os filhos permanece, mesmo que haja um desligamento do casal. Nesse sentido, o poder familiar está diretamente ligado ao dever da guarda dos filhos, pois no momento em que é assumida existe a responsabilidade, dos pais ou guardiões, de prestar assistência adequada.

No próximo capítulo serão analisadas algumas modalidades de guarda advindas da decorrência da ruptura do vínculo conjugal, principalmente a guarda compartilhada.

## 2 DA GUARDA COMPARTILHADA

O vocábulo guarda originou-se do antigo alemão *warten*, que significa guarda, espera. A partir de então, seu significado foi se moldando aos conceitos do mundo jurídico.

De acordo com Plácido e Silva, citado por Débora Vanessa Caús Brandão, desse termo proveio o vocábulo inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, sendo utilizado em sentido genérico para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração. Embora seja difícil uma definição exata, pois “a técnica de conceituar, eficaz no racionalismo, por vezes revelou-se tirana” e, também, porque “enclausurar institutos em conceitos, com fins de proporcionar certeza e segurança jurídica, pode provocar exclusão de aspectos pertinentes a inúmeros casos concretos” (CARBONERA, 1999, p. 252), há necessidade de uma conceituação.

Nesse sentido, explica Luis Felipe Brasil Santos:

No conceito de guarda está, pois, a noção de detenção, de posse da coisa, ou – no caso de que nos ocupamos- da pessoa, com a finalidade de vigilância, proteção e assistência. Desse modo, guarda implica, de regra, uma situação fática de proximidade física entre o guardião e aquele a quem, lhe incube guardar, caso contrário a vigilância e a proteção não serão viáveis nem afetivas (2006, p. 373).

Num conceito jurídico, Douglas Phillips Freitas afirma que guarda “é a condição de direito de uma ou mais pessoa, por determinação legal ou judicial, em manter um menor de 18 (dezoito) anos sob sua dependência sócio-jurídica” (2009, p. 33). Assim, a guarda é o “atributo do poder familiar e consiste no direito dever dos pais de terem os filhos em sua companhia e sob sua custódia material, cultural e patrimonial” (GIORGIS, 2010, p. 67)

José Carlos Teixeira Giorgis leciona que a guarda

[...] é um dever e um direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, a sanidade dos filhos e a convivência com eles; é considerada prioridade absoluta da criança (CF, art. 227); e, ainda, dever de manutenção do filho sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, obrigando os pais à prestação de assistência material, moral e educacional à criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art.33) (2010, p. 04).

Dessa forma, a legislação atual atribui a guarda a um dos genitores ou a ambos. Figuram, aí, a denominada guarda compartilhada e a guarda unilateral. Todavia, é sabido da importância do juiz escolher a melhor forma de guarda dependendo do caso concreto.

## 2.1 Deveres e direitos dos genitores

Os pais dos menores terão, independentemente da modalidade de guarda, direitos e obrigações provindas da responsabilidade do poder familiar. Existem algumas diferenças entre ser o genitor guardião ou não do menor, embora esse deva ser sempre o ponto em comum e o principal norte.

Guarda é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe a residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor. Nesse viés, compete ao “genitor guardião, a escolher a residência de ambos, velar e proteger o filho, educar e sustentá-lo” (GRISARD, 2002, p. 94). O genitor guardião é aquele que mantém a fiscalização e presença mais próxima. Dessa forma, cabe a esse genitor guardião o usufruto dos bens do menor, após o término da união familiar. Contudo, se esse não utilizar a boa-fé na administração dos bens, poderá requerer o outro guardião proteção judicial para coibir a prática fraudulenta.

Waldyr Grisard Filho explica:

O genitor guardião pode atuar isoladamente na prática de todos os atos conservatórios relativos aos bens do menor, como alienar os bens móveis, interromper a prescrição, aceitar legado sem encargos, sob a fiscalização do genitor não guardião. Se este discordar, requererá ao juiz a nomeação de curador especial, como facultado pelo artigo 9º, I, do Código de Processo Civil<sup>6</sup>(2002, p. 95).

Além disso, a responsabilidade civil por atos danosos praticados pelos filhos é um tema complicado a ser analisado. No que se refere ao casamento ou à união estável, a responsabilidade civil dos filhos é solidária, como dispõe o artigo 1.631 do Código Civil: “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou

---

<sup>6</sup> Art. 9º, Código de Processo Civil: O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. É notório que essa responsabilidade provém do dever dos pais de educar e vigiar os atos dos menores. Todavia, quando ocorre a ruptura conjugal e, conseqüentemente, o deferimento da guarda única ou exclusiva, cessa a solidariedade da responsabilidade civil dos pais, passando o encargo apenas para o cônjuge ou companheiro que fica com a guarda do menor.

Assim, na guarda única ou exclusiva, fica claro que o legislador incumbiu o detentor da guarda pela responsabilidade civil, salvo suas excludentes. Por outro lado, caso a opção seja pela guarda compartilhada, tendência atual, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união; ou seja: continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais.

Comentando sobre o tema, Waldyr Grisard Filho acrescenta:

Cessada a conjugalidade e determinada a unilateralidade da autoridade parental, cessa a solidariedade, recaindo sobre o genitor guardador a exclusividade da presunção de culpa. Está claro que o legislador preferiu concentrar a responsabilidade do genitor que detém a guarda, em vez de no pátrio poder, pois, de fato, esse é o 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 (2002, p. 96).

O genitor não guardião, por sua vez, tem o direito do convívio com seu filho e, também, deveres inerentes a esse exercício, mesmo após o término da relação conjugal, tais como o dever de alimentos.

Quando se fala na regulamentação de visita, é necessário analisar qual foi a guarda escolhida pelo casal ou decidida pelo Judiciário, visto que falar em dever de visita, na guarda compartilhada, se faz desnecessário. Reza o artigo 1.589, do Código Civil: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Por isso, quando se dá a homologação do acordo da adoção da guarda dos filhos, é importante o acerto das visitas do genitor não guardião, bem como pode ser fixado, pelo juiz, quando a decisão se der pela via do Judiciário. Na verdade, esse dever busca a maior e melhor convivência entre os filhos e os pais, buscando resgatar, ao máximo possível, o convívio familiar.

Neste ponto, são sábias as palavras de Waldyr Grisard Filho quando afirma que “o direito de visita é fundamentado na necessidade de cultivar o afeto, de firmar vínculos

familiares, na subsistência real, efetiva e eficaz” (2002, p. 98). Compartilha do mesmo pensamento Maria Berenice Dias, afirmando que “a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é o direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”. Na mesma linha e fazendo uma crítica, a jurista afirma que “talvez o melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem no mesmo teto” (2009, p. 405).

No que tange à questão dos alimentos, Maria Berenice Dias ensina que “enquanto o filho se encontra sob o poder familiar, a obrigação decorre do dever de sustento”. Afirma, ainda, que “mesmo com a perda do poder familiar não exclui o dever de prestar alimentos, uma vez que persiste o vínculo de parentesco biológico” (2009, p. 478). Com efeito, cabe salientar que esses abrangem as necessidades básicas dos menores, tais como vestuário, habitação, instrução, saúde, higiene, alimentos. Além disso, esse dever é inerente a ambos os genitores, mesmo após o rompimento da conjugalidade, como adverte o artigo 1.566, IV, do Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: sustento, guarda e educação dos filhos” e o artigo 1.703, que dispõe que “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.”

Dessa forma, mesmo os genitores não dividindo o mesmo lar, o dever de alimentos é de ambos, não ficando a responsabilidade somente para aquele que possui os menores em sua companhia, bem como não somente aquele genitor não guardião, embora, em regra, seja aquele que proporciona o sustento dos menores.

## **2.2 Evolução legislativa: da guarda única à guarda compartilhada**

No ordenamento jurídico o instituto da guarda surgiu com o decreto nº 181, de 1890, artigo 90, o qual estabelecia que a “sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre” (GRISARD, 2002, p. 50).

Em seguida, nesse contexto, o Código Civil de 1916 fazia uma separação nítida entre a separação amigável e judicial, bem como o fator culpa era imprescindível no momento da decisão da guarda, a saber:

Artigo 325 – No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Artigo 326 – Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. §1º se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto, menores, e os filhos até a idade de seis anos. §2º os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai. Artigo 327 – Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

O decreto-lei nº 3.200/41, por sua vez, em seu artigo 16<sup>7</sup>, trouxe à tona a responsabilidade do pai, salvo quando não houvesse nenhum dano ao menor.

Contudo, a lei nº 4.121 de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, inovou em relação à guarda, não levando o interesse do filho em questão, sendo a culpa o fator decisivo, conforme artigo 326:

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. §1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

A Lei do Divórcio, lei nº 6.515 de 1977, inovou quanto ao papel da culpa na escolha da guarda, ficando o filho com o cônjuge que convivia na época da ruptura, além de priorizar o interesse da criança e do adolescente.

Leciona Lia Justiniano dos Santos que:

No art.11 da Lei do divórcio, em consonância com o disposto no §1º do seu art. 5º, a nova tendência que já se delineava no sentido de atenuar e mesmo excluir o papel da culpa na separação judicial e na atribuição da guarda, criando a separação remédio, despida da ideia de culpa, deferindo a guarda ao cônjuge que permaneceu com os filhos durante o tempo de ruptura da vida comum. Permitindo também a exclusão da culpa como critério a nortear a atribuição da guarda, dispôs ainda o legislador nesse mesmo diploma legal, o art. 13 que introduziu o critério do melhor interesse dos filhos e conferiu ao juiz amplos poderes para regular a nova convivência entre os filhos e os pais separados (2001, p. 160).

---

<sup>7</sup> “Artigo 16, Decreto 3200/41: Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor”.

Diante das grandes modificações ocorridas com o advento da Constituição Federal de 1988, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinando que a guarda não estaria mais envolvida com a culpa de um ou de ambos os cônjuges, mas sim quem tivesse condições para exercê-la, reunindo outros fatores, tais como o interesse da criança e do adolescente.

No mesmo caminho segue o Código Civil de 2002, oportunizando aos pais separados, em pé de igualdade, pleitear a guarda dos menores. Nessa seara, com a lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, surge a guarda compartilhada, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Esse instituto teve como base o artigo 229 da Constituição Federal, o qual reza que os pais têm o “dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

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.

Além desse dispositivo, os artigos 1.579<sup>8</sup> e 1.632, ambos do Código Civil, também serviram de apoio. Esses salientavam que mesmo após o rompimento conjugal, existe o dever e o direito que são inerentes aos pais em relação aos filhos menores.

Nesse sentido, buscando salvaguardar os interesses dos menores, a fim de garantir uma relação mais parecida com que mantinham antes da dissolução da união dos pais, a guarda

---

<sup>8</sup> “Artigo 1.579, do Código Civil: O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

compartilhada se apresenta como forma mais equilibrada para garantir a diminuição da distância entre pais e filhos que não convivem no mesmo lar.

### 2.2.1 Guarda alternada e guarda compartilhada: necessidade de diferenciação

Erroneamente, confunde-se guarda compartilhada com alternada, embora em nada se pareçam. A guarda alternada acontece quando cada um dos pais detém a guarda por determinado tempo, seguindo o cronograma pré-estabelecido, isso é, pode ser uma semana, um mês, um ano para cada genitor e, depois, a guarda, em sequência, retorna para o outro.

Arnaldo Rizzardo, em seus estudos, é contrário ao revezamento da guarda, eis que se trata de “necessidade básica de qualquer cidadão ter um lar ou moradia fixa, pois do contrário, a instabilidade e a insegurança tendem a aumentar, além de conflitos na formação e orientação” (2004, p. 266). Não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, “mais no interesse dos pais do que nos dos filhos, precede-se praticamente à divisão da criança” (DIAS, 2010, p. 438).

Na doutrina, existem muitas críticas em relação a esse modelo, visto que as crianças ficam sem referência tanto no que se refere a um lar, quanto a amigos, escola. Nesse ponto é bastante criticada, visto que, contradiz o princípio da continuidade do lar, o qual é de suma importância para a criança. Além disso, quando há escolha de guarda, é sabido que houve uma ruptura da sociedade conjugal, dessa forma, na maioria dos casos, os genitores estão em conflitos, podendo, de certa forma, interferir diretamente no posicionamento da criança, colocando obstáculos na convivência com o outro, desconsiderando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Rolf Madaleno, de forma sábia, esclarece sobre a guarda alternada:

A guarda alternada tem sua verdadeira gênese no direito de visitas, quando ajustam os pais, ou sentença judicial determina que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores, garantindo ao outro um período de visitação, normalmente em finais de semana intercalados, [...] (1999, p.350).

Ainda, a respeito desse modelo de guarda, Denise Bruno diz:

A guarda alternada, que prevê seu estabelecimento ou homologação judicial, implica em que por períodos de tempo pré-estabelecidos, geralmente de forma equânime entre ambos os genitores, cada um deles detenha “de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental”.

Em relação ao modelo incompleto da guarda alternada, a compartilhada seria a ideal, de maneira que, no momento da ruptura, há a dissolução do casal (homem e mulher) e não o compromisso com os filhos. De fato, todas as responsabilidades de antes da dissolução do matrimônio não podem ser deixadas de lado, em virtude apenas do rompimento amoroso. Há uma tendência em escolher por essa guarda, pois os direitos e deveres são divididos, não havendo conflitos quanto às responsabilidades. Em resumo, a guarda compartilhada se dá quando duas pessoas assumem o compromisso de responder pelo menor.

O instituto da guarda compartilhada é o meio de exercício que permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação com seus genitores, “havendo co-participação em igualdade de direitos e deveres, trazendo benefícios grandiosos à relação familiar e não sobrecarregando nenhum dos pais, evitando ansiedades e desgastes” (AKEL, 2008, p.114).

Douglas Phillips Freitas ressalta a diferença doutrinária entre guarda compartilhada e guarda alternada:

No primeiro caso há apenas o compartilhamento das responsabilidades em relação ao menor, enquanto que no segundo a custódia física é dividida -, vale esclarecer que nessa modalidade não se pressupõe, necessariamente, o compartilhamento da guarda; trata-se, na maioria das vezes de uma espécie de guarda unilateral, e por isso é tão criticada (2009, p. 44).

Complementa Ana Carolina Silveira Akel:

O exercício reservado da guarda se contrapõe a continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o bem-estar da criança, e mostra-se inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade da criança e do adolescente, uma vez que o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. O mesmo não se pode falar na guarda conjunta ou compartilhada, na qual pai e mãe dividem a responsabilidade legal sobre os filhos, ao mesmo tempo, e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança, evidenciando um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos, com respeito e igualdade (2008, p. 114).

A presença é de suma importância no desenvolver da criança e do adolescente. Então, para se adaptar com as mudanças ocorridas na sociedade, a guarda compartilhada, quando enfrentada em consenso, é a alternativa para que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se efetive.

### **2.3 A guarda compartilhada: uma solução possível**

A partir de 13 de junho de 2008, com o advento da lei nº 11.698, surge um novo modelo de guarda, denominada guarda compartilhada ou conjunta. “O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o de manterem adequada com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda” (GRISARD, 2002, p. 114).

Muito difundida e defendida no direito comparado, se apresenta como uma forma de maior interação dos genitores, na vida dos filhos, mesmo após a ruptura da união conjugal, visando o melhor interesse da criança e do adolescente.

#### **2.3.1 Breves considerações sobre a guarda compartilhada – lei nº 11.698/2008**

No Brasil, a exemplo de outros países, o término das relações conjugais é frequente, sendo as causas as mais diversas. Porém, é sabido que a convivência dos pais com os filhos menores é um direito inerente a esses. Dessa forma, a “guarda compartilhada se apresenta como um resgate ao ambiente familiar, velando pela harmonia e a convivência, mantida antes do término da relação conjugal. Por isso, a regra passou a ser a guarda compartilhada” (DIAS, 2010, p. 436).

Rolf Madaleno explica o objetivo de tal guarda:

A guarda compartilhada busca resgatar este ambiente de harmonização e de coparticipação e cooperação dos pais na educação e formação dos filhos comuns, na intenção de não dar qualquer solução de continuidade na participação dos ascendentes no que respeita à educação e à formação dos filhos e, deste modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos filhos (2010, p. 210).

A guarda conjunta busca a continuidade dos laços de afeto que existia antes da separação do casal, da harmonia da família, da verdadeira relação entre pais e filhos. Dessa forma, o genitor que não possua a tutela física da criança e do adolescente, passa a ter o direito de maior aproximação com o filho, transmitindo maior segurança e proteção, pontos importantes na formação da criança e do adolescente. Esta vivência com ambos os genitores está prevista no artigo 227, da Constituição Federal, a saber: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, [...] à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, [...]”.

A lei nº 11.698, de 2008, alterou o texto original do artigo 1.583 do Código Civil, que passou a ter 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.

Na lei em tela, fica estabelecido, em seu artigo 1º, o instituto da guarda conjunta como sendo aquele exercido por ambos os pais, após a dissolução do matrimônio, exercendo direitos e deveres de maneira conjunta em relação aos filhos menores, mesmo não vivendo sob o mesmo lar. Waldyr Grisard Filho leciona que este instituto é “um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal” (2002, p.115).

O conceito de guarda compartilhada diz respeito à igualdade de decisão de ambos os genitores, sendo a autoridade legal efetiva e igualitária entre os genitores, visando assistir da melhor maneira as crianças. O Código Civil, no artigo 1.584, inova quanto ao instituto da guarda, salientando que essa caberá ao genitor que melhor oferecer condições. Assim, a velha premissa de a guarda ficar somente com a mãe se extingue, dando força ao princípio da igualdade.

Acerca dessa modalidade de guarda, Sofia Miranda Rabelo ensina que esse instituto

refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

O objetivo do instituto é manter os vínculos afetivos que uniam os genitores antes da ruptura conjugal. Nesse sentido, busca-se um alinhamento entre os pais, visando à superação de qualquer desavença que dificulte o convívio pós-término de relacionamento. Mesmo assim, Maria Berenice Dias salienta a importância desse modelo de guarda, afirmando que se “os ressentimentos persistirem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente” (2010, p. 437). Todavia, é necessário haver certo entendimento entre os pais.

De acordo com Douglas Phillips de Freitas:

Para efetivação da guarda compartilhada é necessário que os pais sejam capazes de manter uma relação com o mínimo de cordialidade, que possibilite o diálogo sobre as questões que envolvam os filhos, de modo que possam decidir em conjunto sobre eles, tornando possível, conseqüentemente, o escopo da nova norma (2009, p. 48).

Não resta dúvida que tal modelo de guarda exija certa coerência entre o casal, mantendo uma relação de proximidade e diálogo, uma vez que os filhos entendam a figura de ambos os pais nesta relação, pois esses terminaram o vínculo conjugal, ou seja, a relação matrimonial terminou, mas a relação entre pais e filhos precisa continuar. “O exercício do poder familiar é um direito e dever, preponderante a qualquer situação que diga respeito aos pais, pois, após a separação, o que deve ser reformulado é o estado conjugal e não o parental” (PAIXÃO; OLTRAMARI, 2005, p. 57).

No modelo compartilhado, o principal norte é a continuação da relação física e afetiva com os pais separados, é “a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere” (DIAS, 2010, p. 438).

Outro fator relevante é a igualdade de direitos e deveres dos pais, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 5º, o qual salienta esta igualdade, sendo que os genitores exercem em isonomia e simultaneamente o exercício e o comprometimento com o poder familiar. Ainda, o Código Civil, no artigo 1.579, reitera a responsabilidade conjunta mesmo após o divórcio, como mencionado anteriormente.

Conforme Águida Arruda Barbosa:

O fundamento desta tendência é reconhecer o Princípio da Igualdade entre homem e mulher e o superior interesse da criança, que deve ter sua via organizada de tal forma que permaneça, dentro do possível, o mais próximo ao que era quando o casal conjugal existia concomitantemente ao casal parental. É razoável supor que a presença do pai e mãe deve ter frequência rítmica, dada a importância desta participação na ampla responsabilidade de formação dos filhos (2002, p.58).

Assim também dispõe Waldyr Grisard Filho:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da pernicioso guarda uniparental concedida sistematicamente a mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente (2002, p. 117).

Registra-se, oportunamente, que esse modelo de guarda pode ser fixado por decisão judicial para atender melhor as necessidades dos menores ou por consenso, a requerimento do pai e da mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma, conforme artigo 1.584, incisos I e II, do Código Civil:

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.

Também é necessário frisar a respeito da questão da responsabilidade dos alimentos no modelo compartilhado, visto que é um dever dos pais o sustento dos menores. Dessa forma, a

obrigação de contribuir na manutenção do sustento dos filhos é de ambos os genitores. O fundamento da obrigação alimentar é, sem dúvida, “o dever de solidariedade entre os homens, mais acentuado entre pais e filhos, pessoas que se encontram em um grau extremo de proximidade, e muito mais presente quando dissociada a família” (GRISARD, 2002, p. 155).

Nesse sentido, como o dever de alimentos é tratado no ordenamento jurídico como uma obrigação, muitos pais que não cumprem com essa obrigação são questionados nos tribunais e, muitas vezes, são levados à prisão, causando mais problemas na relação entre os envolvidos, bem como certa turbulência psicológica nos menores.

José Carlos Teixeira Giorgis entende que a obrigação do dever de alimentos persiste ao não guardião da criança e do adolescente, uma vez que está inerente ao poder familiar, sendo assim dispõe:

O fato do genitor não guardião e provedor agora partilhar também dos cuidados das tarefas de criação, assistência e educação, não o afasta da responsabilidade de contribuir com o valor combinado para a manutenção do credor, embora nada obste que a harmonia agora existente contribua para nova engenharia das obrigações dos pais (2010, p. 83).

Neste contexto, ambos os genitores tem o dever de prover alimentos, estimulando os laços de família. A guarda compartilhada, “como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca, neste caso, é verdadeira” (GRISARD, 2002, p. 155). Assim, como a denominação já diz, se faz presente o compartilhamento, logo, é justo que o genitor guardião que possua a presença física da criança e do adolescente receba do não guardião a prestação dos alimentos. Agora, se a presença física é compartilhada, nada mais evidente e justo que este dever seja dividido entre os pais.

Também na guarda conjunta é definida a residência em que a criança viverá, assegurando para esta a convivência e o acesso livre aos pais. Para José Carlos Teixeira Giorgis:

[...] é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá o filho, para garantir-lhe uma referência de lar, para suas relações de vida, ainda que tenha a liberdade de frequentar a do outro, ou mesmo viver alternadamente em uma ou outra; a guarda é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais, assim, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudo, de esporte e de lazer do filho, que deve se sentir em casa, mantendo-se quartos e objetos pessoais do descendente em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias (2010, p. 78).

Nesse sentido, mesmo sendo escolhida a guarda compartilhada, o menor terá uma residência fixa, garantindo-lhe, assim, a referência de um local, de um lar, mesmo tendo a liberdade de frequentar, livremente, a residência do outro genitor. Porém, “é de se ter cuidado para que essa fixação não desvirtue o instituto, restando o genitor, cujo lar serve de abrigo ao filho, com a sensação de que ganhou a disputa, e o filho, de que ele é seu guardião” (DIAS, 2010, p. 438).

Diante da igualdade entre homens e mulheres, promovida de Constituição Federal, também é justo que haja a guarda conjunta. Esse é, portanto, o modelo ideal para os dias de hoje, “proclamando a igualdade dos genitores em face da formação da prole, e impondo obrigações comuns em relação à educação, desenvolvimento e sustento das crianças, possibilitando aos filhos que sejam criados por ambos os pais” (AKEL, 2008, p. 129)

Contudo, independentemente do modelo de guarda escolhido ou decidido pelo juízo, o que deve prevalecer é o respeito mútuo - mesmo após a separação da convivência familiar - e a certeza do cumprimento do poder familiar inerente aos genitores mas, acima de tudo, o comprometimento com o menor.

### 2.3.2 Aplicação da lei nº 11.698/08 e o papel do magistrado

Embora o modelo compartilhado seja, atualmente, a guarda mais utilizada quando há o término da relação afetiva entre o casal, ainda existe um ponto que é bastante discutido: refere-se ao fato da aplicação dessa guarda sem o consenso do casal. Num primeiro momento, em primeira análise, “exige-se dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações, a fim de obter êxito na decisão” (DIAS, 2010, p. 437).

Diante disto, o artigo 1.584, §2º, reza que a guarda, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Cabe ressaltar que essa inovação colocou a guarda conjunta como regra geral, preterindo a guarda unilateral no momento da decisão da escolha da guarda.

Tal prerrogativa vai de encontro ao que preceitua Rolf Madaleno:

A guarda compartilhada pressupõe o consenso e o diálogo, e não podem exercê-las casais separados, sem nenhuma relação de comunicação e de entendimento, que antes precisam resolver suas diferenças pessoais. Desse modo, apenas é factível a guarda compartilhada se requerida por consenso dos pais, e mesmo quando estabelecida de comum acordo o magistrado deverá rejeitá-la se encontrar sinais desaconselhando sua aplicação, pois não é critério único de sua definição a mera conveniência dos pais (2010, p. 216).

Nesse sentido, a aplicação da guarda compartilhada quando há litígio entre o casal não é recomendada; a tarefa se torna mais fácil quando há consenso, “visto que o aconselhável é que entre o casal exista certo entendimento, tendo sempre em mira, como fonte natural de sua inspiração, tudo aquilo que for absolutamente pertinente aos melhores interesses de seus filhos” (MADALENO, 2010, p. 215).

Compartilha do mesmo entendimento José Carlos Teixeira Giorgis:

É remansoso, embora algumas eruditas posições em contrário, que a guarda compartilhada exige absoluto consenso dos pais, que devem operar um juízo de ponderação, imbuídos na intenção de priorizar o interesse dos filhos e não eventual conduta egoísta dos genitores; é requisito indissociável uma harmônica convivência do casal que, embora tenha perdido a sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desligou do objetivo parental (2010, p. 80).

Contudo, Leonardo Barreto Moreira Alves afirma que a guarda compartilhada pode ser aplicada mesmo não havendo convivência pacífica entre o casal, alegando que através da mediação familiar, bem com um trabalho interdisciplinar (psicologia, assistência social), os problemas entre o casal serão resolvidos.

[...] não prejudicará o sucesso da guarda compartilhada. Isso porque, para aplicação desta medida na referida hipótese, exige-se previamente a realização da medida interdisciplinar, meio altamente eficaz de resolução de conflitos familiares. Apenas e tão somente no caso de insucesso da mediação, algo que, na prática se verifica pouco provável, é que se recorrerá à medida excepcional da guarda unilateral [...] (2009, p. 114).

Em posicionamento diverso, o desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é categórico:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO.GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 5. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido (Agravo N° 70049349632, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 13 de junho de 2012).

Com entendimento semelhante, o desembargador Alzir Felipe Schmitz, do mesmo Tribunal, assim se posiciona:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. FILHO MENOR. GUARDA E ALIMENTOS. PRETENSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. Não há como impor, liminarmente, que a guarda do filho comum seja compartilhada, quando flagrante a animosidade entre as parte (Agravo N° 70048781694, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto alegre, 28 de junho de 2012).

Não restam dúvidas quanto à evidente necessidade de harmonia entre o casal para ser deferida a guarda compartilhada. Porém, quando o legislador, no artigo 1.584, §2º, do Código Civil, referiu-se “ao sempre que possível”, está alinhando a guarda compartilhada com a prática da mediação familiar. Diante da opção pelo modelo compartilhado, mesmo havendo

animosidade entre o casal, a interferência da mediação pode ser benéfica e, dessa forma, pode ser acolhido este modelo de guarda. Contudo, se a mediação não surtir efeitos, não tem como ser deferida, visto que não atinge o melhor interesse da criança e do adolescente.

Leonardo Barreto Moreira Alves destaca:

[...] deve ser realizada, necessariamente, a mediação familiar. A nosso ver, quando o dispositivo afirma que o juiz poderá, na verdade, está a criar um poder-dever para ele, ou seja, desde que imprescindível (caso do art. 1584, §2º), o Magistrado tem o dever de determinar a prática da mediação interdisciplinar, tanto assim que é possível a sua atuação de ofício, sem qualquer tipo de violação ao Princípio da inércia (2009, p. 115).

Nota-se, então, que a guarda compartilhada é o modelo que melhor se molda aos princípios inerentes aos menores, como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, diante de problema de relacionamento dos pais, do não entendimento de alguns pontos da separação, a mediação se apresenta como a solução para viabilizar esta solução.

A mediação será tratada de maneira mais detalhada no próximo capítulo, diante da utilidade de sua aplicação quando há conflitos entre os genitores, bem como sua importância no mundo jurídico familiar.

### **3 MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA DIRIMIR CONFLITOS E ATINGIR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Neste capítulo será abordado o instituto da mediação familiar e mostrada a importância da figura do mediador nessa seara. Além disso, apresenta a guarda compartilhada como a alternativa de guarda mais eficaz do desenvolvimento das crianças. Contudo, tal guarda necessita ser tratada de forma superior, voltada para a harmonia e o comprometimento, objetivando uma convivência familiar digna.

Nesse diapasão, destaca-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como norte da guarda compartilhada e a mediação.

#### **3.1 O instituto da mediação familiar**

A mediação é definida como um instituto que busca solucionar conflitos, sendo que um terceiro, denominado mediador, qualificado por ser um profissional preparado, se coloca entre as partes que, diante do impasse, tenta buscar uma solução para o caso concreto. A mediação se apresenta como uma nova forma de solucionar os litígios, diante da morosa e questionável prestação jurisdicional.

No âmbito familiar o modelo de solucionar impasses com a dissolução da sociedade conjugal por via judicial não é o mais recomendado, “visto que na medida em que se defina a contenda com a determinação de um vencedor e de um perdedor, aumenta o ressentimento numa área na qual as paixões e os ressentimentos são a tônica maior da conduta humana” (LEITE, 2008, p. 106). É inquestionável que quando uma decisão é tomada com participação, aceitação e convencimento das partes, há maior comprometimento. Por sua vez, “a mediação familiar conduz as partes a decidir o que é melhor para a continuidade da vida no pós-ruptura, o que justifica maior adesão dos destinatários” (LEITE, 2008, p. 109).

É uma técnica não adversarial em que “um terceiro auxilia as partes a entenderem seus reais conflitos, identificando seus verdadeiros interesses por meio de uma negociação cooperativa, uma vez restabelecida a comunicação entre elas” (GRISARD, 2008, p. 48).

Esse instituto foi implementado há quase quarenta anos, nos Estados Unidos, com o intuito de reduzir o crescente número de demandas judiciais. Eficaz no tratamento de conflitos, “hoje se encontra presente em diversos países, como Inglaterra, Espanha, Canadá, Argentina, entre outros” (FREITAS, 2009, p. 224).

A mediação familiar, no Brasil, sofreu influência do modelo francês e argentino. Gustavo Henrique Baptista Andrade explica:

A mediação familiar, por sua vez, foi introduzida no Brasil por duas vertentes: da Argentina, proveniente do modelo norte-americano, que privilegia a negociação, recebendo conceito de resolução de conflitos; e dos países da Europa, destacando-se a França (2010, p. 48).

No ordenamento jurídico pátrio, em geral, “a mediação dá os primeiros passos e padece de uniformidade conceitual, além de absoluto dissenso quanto a seus objetivos” (ANDRADE, 2010, p. 46). No entanto, com o crescente número de separações e a dificuldade de solucionar conflitos pelo meio contencioso, a mediação ganha adeptos em razão das vantagens que se efetivam em prol dos menores. Cabe mencionar que não é fácil para o indivíduo libertar-se da denominação do Estado e de outras formas de poder, de criar novas formas de subjetividade e tornar-se autor de si próprio. A mediação, assim, “é a criação de novos modelos de subjetivação” (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 381).

Liane Maria Busnello Thomé, ao discorrer acerca da matéria, afirma que a mediação

[...] encontra-se recepcionada pelos princípios norteadores do Código Civil brasileiro, encontrando na eticidade um campo fértil para a aplicação de suas técnicas norteadoras por condutas éticas, morais e em consonância com o ordenamento jurídico; na socialidade, buscando atender às necessidades de todos os envolvidos na ruptura da relação conjugal e, na operabilidade, traduzida no envolvimento direto dos mediadores na prática da mediação e na concretização de soluções satisfatórias para todos (2010, p. 120).

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Dessa forma, é neste norte que a mediação familiar se apresenta, pois sendo a família o centro da sociedade, esta merece um atendimento diferenciado, tendo os envolvidos proteção ampla.

A esse respeito Eliana Riberti Nazareth define mediação como

[...] um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo (2010, p. 59)

Indubitavelmente, a mediação tem natureza jurídica contratual, uma vez que escolhem um mediador para auxiliá-las na solução dos conflitos, tornando, assim, um acordo de vontade entre as partes. Essas obrigações geradas de forma voluntária, com o mesmo objetivo, são características de um contrato, sem a participação do Estado ou a outros mecanismos do poder. É notório ressaltar que a via judicial, nos casos de família, será sempre válida, porém quando a mediação não se mostrar suficiente, visto as vantagens dessa frente àquela.

Contudo, Walsir Edson Rodrigues Júnior destaca que

a mediação implica a rejeição das normas jurídicas ou o não cumprimento das leis, mas o exercício da liberdade e autonomia das partes na solução dos seus próprios conflitos, de maneira criativa e transformadora, sem se sujeitar, necessariamente, ao imperativo do Estado ou a outros mecanismo do poder. Trata-se do poder que os particulares têm de criarem regras próprias, com base em seus interesses (objetivos e subjetivos), patrimoniais ou não-patrimoniais, mas sempre em conformidade com o ordenamento jurídico (2008, p. 375).

A mediação se apresenta em duas fases ou etapas. A pré-mediação é a primeira delas. Nessa fase, há troca de informações entre as pessoas, mediados e mediador, devendo esse informar em que consiste o procedimento, primando pela clareza e objetividade (OLTRAMARI; SOLDÁ, 2011, p. 116). A segunda, por sua vez, é a mediação propriamente dita. De acordo com doutrinador Eduardo de Oliveira Leite, o qual se baseou em estudos de Annie Babu, a mediação possui quatro fases, quais sejam:

- a) Identificação do problema: identificar as pessoas e os problemas que elas tem entre si perguntando: quem são vocês? O que vocês pretendem?
- b) Exploração dos interesses e necessidades comuns: explorar os interesses e as necessidades de cada uma das partes identificando o que é importante para cada uma delas, depois encontrar uma definição comum do problema (o que é importante para os dois?)
- c) Construções de opções: alargar as possibilidades, imaginar outras opções, procurar um máximo de respostas possíveis sem criticar o outro ou censurar a si próprio.
- d) Entendimento: procurar os acordos possíveis levando em consideração as vantagens e inconvenientes a curto e longo prazo para cada uma das partes antecipando sua colocação em prática e determinando quando, como e onde eles poderão se tornar realidade (2008, p.129).

Percebe-se, então, que a primeira fase consiste no meio pelo qual as partes irão desencadear o diálogo para melhor atender as necessidades dos filhos. Na segunda, as partes, com orientação do mediador, entram na parte prática e questões concernentes a alimentos, guarda das crianças e contribuições financeiras são analisadas. “É nessa fase que o mediador atua junto com o advogado, que, em última análise, discutirá com seu cliente se os termos do acordo respeitam o direito de cada um” (LEITE, 2008, p. 131). A terceira e a quarta fases, por fim, são “o encontro da mediação com a lei, quer se trate de mediação independente, quer se trate de mediação judiciária. Os termos do acordo prévio vão se integrar a uma decisão judiciária e posterior homologação” (LEITE, 2008, p.131).

Assim, num ambiente com decisões baseadas na harmonia e diálogo, com consentimento mútuo, voltada para o superior interesse da criança e do adolescente, a mediação se torna um modelo diferenciado de solução de conflitos.

Além disso, são formas de mediação: judicial e extrajudicial, global e parcial, voluntária e obrigatória. Ocorre mediação voluntária quando há procura pela mediação, tanto antes de instaurado o processo como no seu curso, dá-se de forma instantânea. “Sempre que for voluntária será extrajudicial” (FUGA, 2003, p. 97). A forma obrigatória é aquela mediação em que as partes não a escolheram, foram submetidas por ordem judicial.

A forma global, como o nome já esclarece, é a mais completa, se analisa o todo, desde visitação, bem-estar das crianças, questão financeira, dentre outros. A parcial, por sua vez, trata apenas de algum ponto específico, que não está claro e necessita de uma solução.

A mediação extrajudicial, por sua vez, gera um título extrajudicial do que foi acordado entre as partes podendo se tornar um título judicial, a pedido. E, por fim, a judicial, “a qual em matéria de família será obrigatória a atuação da comediação, atuando, então, psiquiatras,

psicólogos ou assistentes sociais, porém ambos em formação especial de mediadores” (FUGA, 2003, p. 98).

Cabe lembrar que o instituto da mediação é diferente da arbitragem ou conciliação. Na primeira, a busca para a solução do conflito é feita por uma pessoa escolhida pelas partes, denominado árbitro, terceiro envolvido na causa; na segunda, a conciliação, se refere a um acordo feito pelas partes, para solucionar as pendências, sem esclarecer os fatos ou chegar a uma conclusão lógica, objetiva chegar ao fim da lide, somente. Aqui, existe a figura do conciliador, terceiro que influencia diretamente nas decisões do conflito.

A arbitragem se limita à capacidade de contratar e aos direitos patrimoniais e disponíveis, consequência do explanado no artigo 1º, da lei 9.307/96.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite a diferenciação entre mediação e arbitragem:

[...] na mediação, a decisão é das partes, enquanto que na arbitragem, a decisão é de um terceiro e, ainda, na mediação, não há vencidos ou derrotados, enquanto que na arbitragem há. Ou seja, na mediação é estranha ao exercício da função jurisdicional, enquanto a arbitragem se materializa naquele ambiente, que a justifica e legitima. Tanto isso é verdade, que a eficácia jurídica dos acordos celebrados pelas partes, na mediação familiar, depende sempre da homologação judicial (2008, p. 112).

Nota-se a fundamental diferença de ambas com a mediação: embora exista um terceiro nesse conflito, ele não interfere, não sugere, não impõe, não aconselha, simplesmente organiza as ações para que o casal chegue a uma decisão mais justa, voltada para o diálogo e o entendimento, sem nenhuma influência. Esse é o ponto diferenciador dos três institutos.

Menciona Marlova Stawinski Fuga:

A par do desenvolvimento da mediação familiar, surge um novo profissional: o mediador familiar, somente concebido com formação de aspecto interdisciplinar, com a própria mediação e escolhido por duas pessoas, confiantes na sua imparcialidade e neutralidade, para restabelecer um vínculo de comunicação (2003, p. 108).

Em suma, a mediação familiar é um paralelo para que haja, nos momentos de litígio, uma decisão voltada para o menor, transformando-o em personagem principal, com os pais preocupados com o afeto e a formação emocional daqueles.

### 3.1.1 O mediador familiar

O mediador familiar é o condutor do processo. Dessa forma, cabe a ele o bom desenvolvimento da mediação nos conflitos familiares. Assim, o mediador necessita ser uma pessoa preparada para desenvolver tal prática, para que não se desvirtue do verdadeiro propósito.

Tendo como orientação alguns princípios, dentre esses a informalidade e a oralidade do processo, bem como a autonomia das partes, o mediador tem papel decisivo na mediação familiar, promovendo desde a condução do processo até o momento do acordo entre as partes. Sua atividade maior é gerenciar. “Gerencia desde a exposição dos sentimentos expostos pelo casal participante da mediação até suas diferenças, auxiliando na definição dos problemas e nas opções possíveis para que a família se reestruture” (FUGA, 2003, p. 91).

Complementa André Gomma de Azevedo:

O mediador tem papel reconhecido como auxiliar da justiça (artigo 7º da lei 9.099/1995) e exerce um papel relevante no desenvolvimento da cidadania, pois não apenas facilita o entendimento entre os cidadãos na busca da melhor solução para seus conflitos, mas também os ajuda na condução dos processos, no aspecto técnico, obviamente mantendo a imparcialidade que lhe é própria, mas dando mais objetividade ao processo, caso não haja acordo (2009, p. 189).

Giselle Câmara Groeninga, ao escrever sobre o assunto, afirma que

o mediador exerce a função de um “clínico geral”, tornando-se ainda mais fundamental sua formação para o entendimento do lugar objetivo, e, sobretudo, subjetivo, que ocupa o terceiro em uma situação de crise e para o entendimento do que é o conflito, seus níveis e suas possibilidades de abordagem. Esta deve ser a ética do mediador (2007, p. 165).

Nesse sentido, o mediador familiar precisa ter flexibilidade, bom senso, estrutura psicológica, para conseguir orientar os envolvidos. “Sua função é mediar grandes problemas, como a guarda dos menores, visitação, alimentos e, no âmbito familiar, não há conflitos simples, pois a complexidade a eles inerente decorre da própria natureza das relações de afeto” (BARBOSA, 2007, p. 279).

O mediador é um terceiro que promove o diálogo entre o casal após a dissolução da sociedade conjugal. Sem essa figura não existe a mediação familiar. Assim, o mediador tem a função de ser imparcial, colaborando para o diálogo entre o casal, bem como instruir da melhor maneira a resolução da pendência. A atividade do mediador é “um comportamento, posto que a mediação é um princípio, resultando numa só conclusão: a mediação não pode ser objeto de lei, mas apenas ser conhecida por ela” (BARBOSA, 2007, p. 149).

Roselaine dos Santos Sarmiento afirma que o mediador, juridicamente falando, é aquele que

executa uma técnica para restaurar a comunicação e facilitar a negociação de temas ou ações controversas e, para isso, contrata previamente com as partes para que procedam durante o processo com boa-fé, simplicidade, cordialidade e respeito mútuo, elementos fundamentais para o perfeito entendimento dos interesses que estão em discussão (2006, p. 291).

Dentre os objetivos do mediador estão: “o controle do processo, o suporte às partes, o estímulo a recontextualização da disputa como um fenômeno natural passível de resolução e a resolução das questões propriamente ditas” (Azevedo, 2009, p.25). Esses objetivos necessitam estar alinhados com o desenvolvimento da prática de mediação, buscando a resolução dos conflitos.

Águida Arruda Barbosa enfatiza essa atividade do mediador

[...] em uma dinâmica que envolve mediador e mediados numa linguagem comum e peculiar, que, numa comunicação proveniente de cuidados mútuos, acarreta o deslocamento do olhar, até então, paralisado sobre o passado e o presente, para se lançar ao futuro, permitindo que os conflitantes abram-se a um projeto de vida (2007, p. 149).

Para ser mediador há necessidade de dominar a técnica, contudo, “a formação na área de assistência social, na área jurídica ou psicológica, ajuda no desenvolvimento da arte de mediar” (FUGA, 2003, p. 93).

Outro fator relevante é a imparcialidade do mediador. Esse ponto é valioso porque está diretamente ligado à confiança das partes, o que leva a mediação a obter créditos positivos no momento de sua escolha. Para conseguir essa imparcialidade, o mediador precisa demonstrar através de atitudes, técnicas, comportamentos.

### **3.2 O princípio de melhor interesse da criança e do adolescente**

O princípio de melhor interesse da criança e do adolescente é frequentemente invocado quando se faz referência à guarda da criança e, sem dúvidas, o dilema mais difícil e delicado a ser resolvido, após o término do relacionamento conjugal, é em relação ao futuro dos filhos. Dessa forma, é nítida a importância desse princípio no ordenamento pátrio e, principalmente, nas questões familiares.

Maria Berenice Dias enfatiza sobre os princípios no direito de família como

[...] o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família, dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para sua aplicação (2009, p. 59).

Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está incluído dentro de um grandioso princípio, o da dignidade humana, visto que “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer” (DIAS, 2009, p. 62).

Nesse sentido, aprimora Fernanda de Melo Meira:

Assim, o princípio do melhor interesse da criança seria uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais a eles conferidos diante do caso concreto. Seria, também, um parâmetro para aplicação de tais direitos, um mínimo que todos os obrigados a zelarem pelos direitos e garantias da população infanto-juvenil devem assegurar (2008, p. 285).

Cabe ressaltar que dentre os interesses da criança e do adolescente estão a sua educação, moradia, alimentação, saúde, enfim, todos os subsídios necessários para se ter um adequado desenvolvimento, incluindo assistência de equipe especializada, quando necessário. Nesse contexto, Velasquez afirma que “todos os direitos fundamentais de que gozam as crianças e adolescentes são alcançados pelo princípio da prioridade, segundo o qual sua proteção e satisfação devem ser buscados (e assegurados pelo Estado) antes de quaisquer outros”. E complementa: “ou seja, dentre os direitos fundamentais reconhecidos a todos os indivíduos, expressão de sua intrínseca dignidade, aqueles relativos a crianças e adolescentes hão de vir em primeiro lugar”.

Afirma Guilherme Gonçalves Strenger:

Considera-se interesse da criança e do adolescente todos os critérios de avaliação e solução que possam levar a convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas (1991, p. 66).

O termo princípio de melhor interesse da criança e do adolescente teve sua origem na Inglaterra, ligado ao instituto *parens patriae* (pais da pátria). Esse instituto surgiu como “uma prerrogativa do Rei e da Coroa com o intuito de proteger pessoas incapazes e suas propriedades, função delegada ao Chanceler no século XIV” (MEIRELLES, 2006, p. 462). Cabe observar que nessa época a proteção conferida às crianças não se justificava pela sua condição especial como pessoa humana. Na verdade, “a criança era considerada uma coisa pertencente ao pai” (PEREIRA apud MEIRELLES, 2006, p. 463).

Já nos Estados Unidos, esse princípio foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana, em 1813, no caso *Commonwealth x Addicks*, “oportunidade em que a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais, afirmando que o fato do cônjuge-mulher ter sido adúltera não se relacionava com os cuidados que ela dispensava ao seu filho” (PEREIRA; MELO apud AKEL, 2008, p. 60).

A maioria dos países ocidentais utiliza esse princípio como norte para tomar decisões referentes às crianças e aos adolescentes. No Brasil, esse princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é utilizado, pelo legislador, principalmente quando há dissolução da vida conjugal e a conseqüente escolha da guarda. Contudo, “é o juiz, a quem compete examinar cada situação de fato, que determina, a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos, qual é o “interesse” daquele menor, naquela situação fática” (LEITE, 2003, p. 198).

Não são atuais os documentos que privilegiam os interesses das crianças, como foi citado anteriormente. Essa necessidade de considerar a criança como um “bem especial”, com proteção integral, começou com a Declaração de Genebra, em 1924, que estabeleceu “a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”. A partir de então, outros documentos foram tomando como referencial este direito, dentre estes a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) e também a Declaração Universal dos direitos da Criança, em 1959, a qual determinou que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade (AKEL, 2008, p. 60).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, posteriormente, ratificaram esse princípio através do princípio da proteção integral, considerando a criança como pessoa humana, um direito fundamental. Aquele princípio tem “como suporte a condição de criança como ser humano, mas, além disso, merecedora de proteção especial devido à sua especial posição de pessoa em desenvolvimento” (MEIRELLES, 2006, p. 466).

Assim reza o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, tal princípio se encontra enunciado nos artigos 4º e 6º, a saber:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.  
Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Esse princípio em tela sofreu bastante influência nas mudanças efetivas ocorridas no seio familiar, o qual passou a ser reconhecido como um princípio digno e merecedor de atenção.

Salienta Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem suas raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, através da qual ela despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade, “lôcus do amor, sonho, afetividade, afeto e companheirismo” (2006, p. 126).

Desde então, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente vem sendo adotado, principalmente, em casos de guarda dos filhos. Nota-se, no momento da escolha da guarda, nos tribunais brasileiros, que o que prevalece é o superior interesse da criança e do adolescente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA INDEFERIDO. CAUTELA E PRECAUÇÃO DO JUÍZO DE ORIGEM. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDAS QUE VISAM RESGUARDAR A CRIANÇA EM RELAÇÃO À CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO INEXISTENTE. FALTA DE CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA AFERIR A SUBSISTÊNCIA DE EVENTUAL VÍNCULO E CONDIÇÕES. REQUISITOS LEGAIS QUE DEVEM SER SEGUIDOS, ANTE Á ESTRUTURA DE ADOÇÃO. CRIANÇA ATENDIDA EM SUAS NECESSIDADES NA INSTITUIÇÃO DE GUARDA, INCLUSIVE QUANTO À SAÚDE E NECESSIDADES ESPECIAIS. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70047077680, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 25/07/2012).

Mostra entendimento análogo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**Ementa:** Ação de Regulamentação de Guarda. Requisitos legais para determinação. Princípio do **melhor interesse** da criança. O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o **menor**, salvaguardando seus **interesses** em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus. O **princípio** constitucional do **melhor interesse** da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. (Apelação nº 1.0194.08.088532-1/002, Tribunal de justiça de Minas Gerais, Relator Dr. Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 28 de março de 2011).

Por conseguinte, atendendo aos princípios intrínsecos no artigo 227, da Constituição Federal, bem como os artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, em seu artigo 1.584, §2º, orienta a aplicação da guarda compartilhada, quando cessada a vida matrimonial, visando a atender o melhor interesse da criança e do adolescente. Doutrinadores como Leonardo Barreto Moreira Alves defendem a guarda compartilhada, visto que essa tem como objetivo final

[...] a concretização do Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (princípio garantidos da efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tratando-se de uma franca materialização da teoria da proteção integral – art. 227, da Constituição Federal [...]), pois é medida que deve ser aplicada sempre e exclusivamente em benefício do filho menor (2009, p. 45).

Ante o exposto, salienta a Ministra Nancy Andrigui, relatora do Recurso Especial nº 1251000- MG, sobre a importância da guarda compartilhada, visando ao princípio ora citado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. **A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.** 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse da criança e do adolescente, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. [...] 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (grifo nosso)

Portanto, no momento da decisão a respeito da guarda dos menores, o que deve estar em primeiro plano é o bem-estar destes, primando pela preservação de seus direitos, num ambiente familiar em que prospere o amor e a união, mesmo os genitores não mantendo mais vida conjugal. Tal compreensão é fundamental para que se efetive o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

### **3.3 Mediação familiar como instrumento de implementação da guarda compartilhada visando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Em busca de novas formas de solucionar os litígios, a mediação familiar se apresenta, cada vez mais, como a solução mais adequada, buscando ser mais harmoniosa e menos traumatizante para os membros da família, como busca a complexa seara do direito de família, visto que todos os envolvidos são dotados de subjetividade. A mediação, portanto, “transforma-os em agentes do próprio destino” (NAZARETH, 2010, p. 63).

Percebe-se, então, que duas novas tendências de solução dos conflitos familiares vêm sendo utilizadas no mundo jurídico: a mediação familiar e a guarda compartilhada. A primeira tem a colaboração de um mediador, o qual, utilizando-se dos recursos de sua área, de forma neutra, possibilita que o casal entenda o conflito gerador da dissolução do casamento, para assim obter o interesse da criança e do adolescente. A segunda, por sua vez, pode ser a opção de guarda mais adequada no momento da , pois garante aos filhos a convivência com ambos os pais, direitos e deveres compartilhados.

Numa brilhante síntese a respeito da aplicação do instituto da mediação no auxílio para a efetivação da guarda compartilhada, Paulo Luiz Neto Lôbo afirma:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho [...]. O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição. Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza (2008, p. 177).

Complementa Marlova Stawinski Fuga:

A guarda conjunta tende a se tornar regra, quando os pais se submetem à mediação familiar, visto que ocorre um (re)despertar do amor aos filhos e a si próprios. O objetivo final da mediação familiar não é só restabelecer uma comunicação, mas transformar o conflito relacional, mesmo que apenas em um aspecto (2003, p. 81).

Nota-se, de forma coerente, que não havendo consenso no momento do término da relação, isto é, que os conflitos estejam acima de qualquer diálogo ou tentativa deste, não se recomenda a aplicação da guarda compartilhada, uma vez que estaria violando um princípio constitucional: o melhor interesse da criança. Cabe ressaltar que o acordo firmado é “construído inteiramente pelas partes” (NAZARETH, 2010, p. 63).

Com relação ao tema, Priscila Corrêa da Fonseca é categórica:

Não por outra razão, outrossim, a guarda compartilhada não pode ser judicialmente impingida quando qualquer dos genitores dela decline ou a rejeite. Fica claro, desse modo, que a custódia compartilhada jamais poderá ser imposta [...] quando não houver acordo entre os genitores ou quando assim não demandar o interesse dos filhos menores (2008, p. 11).

Assim, é nessa seara em que a mediação familiar se apresenta. Diante de um conflito, a mediação necessita mostrar para os genitores que, acima de qualquer bem jurídico, estão os filhos, “descobrimo a capacidade de responsabilidade dos entes que a formam” (FUGA, 2003, p. 109). Além disso, deve despertar o diálogo, o respeito, a humanização, a solidariedade, a cooperação entre eles, o que viabilizará o sucesso da guarda compartilhada (ALVES, 2009, p. 110).

Nesse sentido, a mediação precisa ser encarada com uma etapa anterior à guarda compartilhada, quando houver lide entre o casal. Assim, de acordo com Samanta Pelajó, “seu conjunto de benefícios e propósitos faz da Mediação o instrumento multidisciplinar de escolha para as situações de dissenso na guarda compartilhada”. Porém, se essa não cumprir com os objetivos propostos, se faz necessária a aplicação de outro modelo de guarda, tal como a exclusiva, por exemplo.

Em vista disso, nota-se que o instituto da mediação é de suma importância nos litígios de família, por proporcionar um diálogo entre os genitores, para que ambos consigam resolver suas pendências, possibilitando, assim, a aplicação da guarda compartilhada, tão conceituada, por trazer à criança o convívio mais próximo com ambos os pais, num ambiente que preserva o entendimento, o diálogo, a compreensão, priorizando o melhor interesse da criança e do adolescente.

## CONCLUSÃO

O instituto do poder familiar teve sua origem no direito romano e, ao perpassar do tempo, sofreu inúmeras alterações. Inicialmente, no Código de 1916, era denominado de pátrio poder, visto que era exercido somente pelo pai. Contudo, em seguida, com o advento de novas legislações, alteradas por serem reflexos da sociedade, aquele passou a ser exercido com a colaboração da mãe, mas ainda sobre a dominação do pai.

Com a Constituição Federal de 1998, esse cenário foi alterado, diante da prerrogativa de que, a partir de sua promulgação, homens e mulheres teriam direitos e, também, deveres igualitários. Dessa forma, o pátrio poder passou a ser conduzido por ambos os pais. Nessa seara, houve a necessidade de se fazer uma mudança no Código Civil de 2002, passando a denominação pátrio poder para poder familiar, para, dessa forma, adequar as inovações nesse aspecto.

Nesse contexto, surge um novo foco: os interesses dos menores. Diante de uma revolução do conceito família, que, de patriarcal passou, em muitos casos, a ser inominada, visto as mais variadas formas de formação de família, a prioridade é a preservação do bem-estar das crianças e dos adolescentes, acima de qualquer interesse pessoal.

Com a evolução da família, também se expandiram pontos positivos e negativos, dentre os quais estão, por exemplo, os relacionamentos mais maleáveis e efêmeros, que findam quando não existe mais harmonia entre o casal, diferentemente do que tradicionalmente ocorria com os casais mais antigos. E, com esses términos vem à tona a preocupação com relação aos descendentes.

Desse rompimento, embora desejado, sempre vai haver ressentimentos e mágoas, porém, é notório que os filhos são os mais afetados com o rompimento da relação familiar, pois perdem o ponto de equilíbrio que encontravam na família unida. Nesse diapasão é que se apresenta a guarda compartilhada, possibilitando a convivência dos menores com os cônjuges, mesmo esses não residindo no mesmo ambiente.

Dessa forma, o instituto da guarda compartilhada necessita ser aplicado, visando ao interesse da criança e do adolescente, buscando de forma mais próxima, porém, em residências distintas, recuperar a figura de pai e mãe, as quais precisam permanecer para a eternidade.

Para tanto, ambos os genitores precisam estar conscientes do seu papel, protegendo e buscando uma qualidade de vida ao menor, deixando de lado qualquer tipo de ressentimento ou egoísmo.

Embora existam vários modelos de guarda, como por exemplo a exclusiva, a alternada e a de fato, o Código Civil, no artigo 1.583, ratifica que a guarda será única ou compartilhada. Atualmente, o instituto da guarda compartilhada se apresenta como a preferência entre a escolha de guarda dos casais separados, visto que possibilita a ambos os genitores educarem os filhos, mesmo o casal não morando junto.

Salienta-se a necessidade do diálogo entre os genitores, para que haja harmonia, repassando ao menor que a relação pai-mãe ainda existe de maneira sólida, buscando o bem comum entre ambos, visando à qualidade de vida do filho de forma ampla.

Sabe-se que no momento da ruptura da vida afetiva muitos ressentimentos afloram, no entanto, não podem interferir no que a Constituição e, posteriormente, o Código Civil ratificou como sendo essencial: o interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, quando não há consenso entre o casal, o juiz poderá, de ofício, determinar a guarda, que pode ser compartilhada ou única. Todavia, é uma árdua decisão, visto que seria mais benéfico se os genitores, em união de pensamentos, decidissem pela guarda.

Nesse contexto é que se apresenta a mediação familiar, calcada na resolução dos conflitos através do diálogo entre as partes, através de um processo amigável, alinhando essas a discutir as necessidades referentes às crianças e adolescentes. Com a mediação, surge o papel do mediador familiar, um terceiro imparcial, preparado para auxiliar as partes, sem impor ou expor qualquer opinião diante do fato concreto.

Assim, inserida a mediação familiar no momento da escolha da guarda dos filhos, esses serão privilegiados, visto que as decisões tomadas pelos genitores serão através de diálogo, consenso, procurando a melhor forma de garantir a efetivação dos direitos daqueles.

Portanto, quando a guarda for instituída por meio da mediação familiar, haverá mais condições de atender aos interesses da criança e do adolescente, princípio consagrado na Constituição Federal de 1988, bem como no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sem dúvida, a utilização desse instituto é de suma importância, deixando em segundo plano a guarda decidida por terceiros, como é o caso do magistrado, pois, sem nenhuma prerrogativa de erro, são os pais os principais conhecedores das reais necessidades dos seus filhos.

Dessa forma, a instituição da guarda dos filhos menores, por meio da mediação familiar, é a maior prova de responsabilidade e carinho que os pais podem ter em relação aos filhos e a busca do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda Compartilhada e a Lei nº. 11.698/2008. **Revista IOB de direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009.

AZAMBUJA, DE. Maria Regina Fay. **A criança, o adolescente e a lei: aspectos históricos, a infância como prioridade e os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina>. Acesso em: 08 maio 2011.

BARBOSA, Águida Arruda. **Responsabilidade parental após o divórcio: guarda compartilhada**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOLDRINI, Iara. **Aspectos do Direito de Família. Parte IX**. Disponível em: <http://iaraboldrini.blogspot.com.br/2009/02/aspectos-do-direito-de-familia-parte-ix.html>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús Brandão. **Guarda compartilhada: só depende de nós**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/472/468>. Acesso em: 02 ago. 2012.

BRASIL, **Código Civil de 1916**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 17 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal, 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 07 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 07 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, Distrito Federal, de maio 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 09 maio 2011.

\_\_\_\_\_. **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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm). Acesso em: 12 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm). Acesso em: 13 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm). Acesso em: 14 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941.** Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13200.htm). Acesso em: 12 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=330610](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=330610). Acesso em: 10 maio 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil.** Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=330610](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=330610). Acesso em: 10 maio 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil.** Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Código Civil 2002.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 maio 2011.

BRUNO, Denise. **Guarda compartilhada.** Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/>. Acesso em: 09 maio 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. **O sentido da Relação entre seus sujeitos e os critérios de estabelecimento na família constitucionalizada.** 1999. Dissertação (Mestrado em direito das Relações Sociais) – Setor de ciências Jurídicas, Faculdade Federal do Paraná, 1999.

CEGALLA, Domingo Pascoal. **Dicionário escolar da Língua Portuguesa.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em: 14 jun. 2012.

DE PLÁCIDO, E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1089. v. II

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Brasileiro: direito de família,** v. 5, 17 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família,** v. 5, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Brasileiro: direito de família**, v. 5, 22. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

Direitos garantidos aos homossexuais pelo STF tornaram-se intocáveis. **Jornal Zero Hora Versão Digital**, Porto Alegre, 06 de maio de 2011. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1&section=Geral&newsID=a3301071.htm>>. Acesso em: 07 maio 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

FUGA, Marlova Stawinki. **Mediação Familiar – quando se chega ao fim a conjugalidade**. Passo Fundo: Editora UPF, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. **Revista IOB de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, v. 12. n. 61, p. 64-82, ago./set. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD, Waldyr Filho. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Famílias e Formas Atuais de Constituições. **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1995.

MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n° 23, abril/maio. 2004, p. 22-36.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito de família: aspectos polêmicos**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Revista dos Advogado, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de mediação familiar*. André Gomma de Azevedo (Org.). Brasília, 2009, p. 189.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2007.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o conflito e a solução**. Editora: Artepaubrasil, São Paulo, 2010.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Do Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo de Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Gilberto; CHAVES, Jorgevandro; PRADO, Mário Lucas; OTREMBA Sérgio. **A utilização da mediação e da guarda compartilhada nos conflitos familiares visando ao melhor interesse da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.fafibe.br/revistahispecilema/pdf/revista9.pdf>. Acesso em: 08 maio 2011.

OLIVEIRA, Simone Costa Saletti. Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 49, ago./set. 2008.

PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda compartilhada de filhos. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 32, v. 7, p. 50-71, out./nov. 2005.

RABELO, Sofia Miranda. **Definição da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo Nº 70049349632**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto alegre, 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo Nº 70048781694**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: AlzirFelippeSchmitz. Porto alegre, 28 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

SANTOS. Lia Justiniano dos. Guarda compartilhada modelo recomendado. **Revista Brasileira de direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, ano II, n. 8, jan./mar., 2001.

SANTOS BRASIL, Luiz Felipe. Guarda de menores e responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones (Org.). **Novo Código civil: questões contravertidas**. São Paulo: Método, 2006.

VELASQUEZ, Miguel Granato. **Direitos humanos de crianças e adolescentes**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/> Acesso em: 08 maio 2011.

VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito de família**. v. 7, São Paulo: Atlas, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das famílias e das sucessões**. Belo horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.