

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

EDWIRGES ELAINE RODRIGUES

**POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO
CONSENSO PARENTAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA
GUARDA COMPARTILHADA**

FRANCA

2017

EDWIRGES ELAINE RODRIGUES

**POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO
CONSENSO PARENTAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA
GUARDA COMPARTILHADA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientadora: Prof^a Dr^a Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

FRANCA

2017

Rodrigues, Edwirges Elaine.

Políticas públicas como instrumento facilitador do consenso parental e a busca pela efetividade da guarda compartilhada /

Edwirges Elaine Rodrigues. – Franca : [s.n.], 2017.

124 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

EDWIRGES ELAINE RODRIGUES

**POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO
CONSENSO PARENTAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA
GUARDA COMPARTILHADA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos de Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

1º Examinador: _____

Prof. Dr. José Carlos Garcia de Freitas - UNESP/FCHS

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Aloysio Augusto de Campos Neto - FDF

Franca, ____ de _____ de 2017.

*Dedico este trabalho aos meus pais Nair e José
Francisco, ao meu noivo Guto, ao sempre querido
Dr. Arnaldo e à minha eterna amiga e orientadora
Dra. Maria Amália.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço sempre, em primeiro lugar, à Deus, por todas as oportunidades a mim concedidas, e também aos orixás, que sempre me acompanham e me auxiliam.

À estimada professora Doutora Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga, que aceitou ser minha orientadora e contribuiu de forma essencial para a elaboração desta dissertação, bem como ao meu ingresso na docência. Além de grande amiga, foi uma mãe acadêmica, proporcionando não só oportunidades de aprendizado, como também me inseriu no universo da pesquisa científica.

Aos meus pais, Nair e José Francisco, pilares da minha vida, por todo o amor, amparo e incentivo. Pessoas com instrução escolar mínima, mas que valorizam o estudo acima de tudo.

Ao meu amado noivo, por estar ao meu lado em todos os momentos, ser meu grande companheiro, iluminar meus dias e nunca me deixar desistir dos meus sonhos.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, que realmente transmitiram grande conhecimento aos alunos, acrescentando enorme bagagem ao nosso conhecimento.

Aos amigos que cultivei durante o mestrado, pelos desabafos, pela troca de ideias e pela amizade que levarei com carinho.

*"Onde houver pessoas, haverá problemas, porém,
nada que não seja possível resolver caso haja
diálogo e boa vontade".*

Jorge Tolim

RODRIGUES, Edwirges Elaine. **Políticas públicas como instrumento facilitador do consenso parental e a busca pela efetividade da guarda compartilhada.** 2017. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por base o estudo do instituto da guarda compartilhada de filhos à luz do sistema normativo brasileiro vigente, averiguando sua compatibilidade com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como forma de proporcionar uma responsabilização conjunta entre os pais na criação e educação dos filhos menores de idade e não emancipados. Em razão das transformações enfrentadas pela sociedade, torna-se cada vez mais corriqueiro a ruptura dos vínculos conjugais, muitas vezes, abarcada por conflitos envolvendo mágoas e ressentimentos entre os cônjuges; entretanto, vale destacar que a separação refere-se apenas à conjugalidade e jamais à parentalidade. Assim sendo, a autoridade parental, que diz respeito aos direitos e deveres inerentes aos genitores em relação aos filhos, permanecerá com ambos os pais mesmo que algum destes não resida junto à prole. Diante destas situações, faz-se necessária a aplicação da guarda judicial que poderá ser unilateral, ou seja, é designado apenas um dos pais como guardião, que se responsabilizará pelo cotidiano dos filhos, residindo com eles; ou a guarda compartilhada, que consiste na responsabilização conjunta dos genitores para com seus filhos, mantendo a residência destes no lar que melhor lhes convier. Existem dificuldades na aplicação da guarda compartilhada, em especial, no que se refere à obrigatoriedade desta, após o advento da lei n. 13.058/2014. Para que ocorra a correta aplicabilidade da guarda conjunta é imperioso um mínimo de respeito e comunicação adequada entre os guardiões, pois, todas as decisões à respeito da prole deverão ser tomadas em conjunto. Ademais, as modificações conduzidas pela legislação provocaram diversidade de opiniões entre a doutrina e a jurisprudência, ao mencionar que o tempo de convívio entre pais e filhos deverá ser equilibrado, remetendo a uma confusão com a guarda alternada, em que ocorre a divisão da guarda física dos filhos, considerada perniciosa à criança/adolescente. Destarte, requer-se uma análise aprofundada do instituto da guarda compartilhada, buscando a sua aplicabilidade e efetividade, através da implementação e execução de políticas públicas na busca do consenso parental, tais como a mediação familiar, que procura transformar o conflito existente entre o casal conjugal, propiciando assim, o restabelecimento do diálogo entre eles. No mais, outros institutos também são merecedores de maior atenção, como a transmediação, a coordenação de parentalidade e as oficinas de parentalidade. Ressaltando que o princípio da proteção e melhor interesse dos filhos sempre deverá ser colocado em primeiro lugar.

Palavras-chave: autoridade parental. melhor interesse dos filhos. guarda compartilhada obrigatória. consenso parental. políticas públicas.

RODRIGUES, Edwirges Elaine. **Políticas públicas como instrumento facilitador do consenso parental e a busca pela efetividade da guarda compartilhada.** 2017. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2017.

ABSTRACT

The present study is based on the study of the shared guardianship of children in the light of the Brazilian normative system in force, ascertaining its compatibility with the principle of the best interest of the child and the adolescent, as a way of providing a joint responsibility between the parents in the creation and education of minor and non-emancipated children. Due to the transformations faced by society, it is becoming increasingly common to break marital ties, often involving conflicts involving grievances and resentments between the spouses; however, it is worth noting that the separation refers only to conjugality and never to parenthood. Thus, parental authority, which concerns the rights and duties inherent to the parents in relation to the children, will remain with both parents even if one of them does not reside with the offspring. In view of these situations, it is necessary to apply the judicial custody that may be unilateral, that is, only one of the parents is designated as guardian, who will be responsible for the daily life of the children, residing with them; Or shared custody, which consists of the joint responsibility of the parents to their children, keeping their residence in the home that suits them best. There are difficulties in the application of shared custody, especially with regard to its obligation, after the advent of law n. 13.058/2014. In order for the correct application of joint custody to occur, a minimum of respect and proper communication among the guardians is imperative, since all decisions, regarding offspring must be taken together. In addition, the changes made by the legislation provoked a diversity of opinions between the doctrine and the jurisprudence, when mentioning that the time of conviviality between parents and children should be balanced, referring to a confusion with the alternating custody, in which division of the physical guard of children, considered harmful to the child/teenager. Therefore, an in-depth analysis of the shared custody institute is required, seeking its applicability and effectiveness, through the implementation and execution of public policies in the search for parental consent, such as family mediation, which seeks to transform the existing conflict between the couple marriage, thus facilitating the reestablishment of dialogue between them. No more, other institutes also deserve more attention, such as transmediation, parenting coordination, and parenting workshops. Emphasizing that the principle of protection and best interests of children should always be put first.

Keywords: parental authority. best interests of the children. shared custody. parental consent. public policy.

LISTA DE SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolutions</i>
APASE	Associação de Pais Separados do Brasil
CC	Código Civil
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
MP	Ministério Público
NCPC	Novo Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 AUTORIDADE PARENTAL.....	16
1.1 Antecedentes históricos e denominação.....	16
1.2 Delimitação conceitual e fundamentos	22
1.3 Características	25
1.4 Conteúdo da autoridade parental	27
1.4.1 Aspectos pessoais	28
1.4.2 Aspectos patrimoniais.....	35
1.5 Situações de alteração da autoridade parental.....	37
1.5.1 Extinção da autoridade parental	37
1.5.2 Suspensão da autoridade parental.....	39
1.5.3 Destituição da autoridade parental	42
1.5.4 Os efeitos e procedimentos das alterações da autoridade parental.....	46
CAPÍTULO 2 PROTEÇÃO DOS FILHOS	48
2.1 Doutrina da proteção integral	48
2.1.1 O melhor interesse das crianças e dos adolescentes	50
2.1.2 Princípio da parentalidade responsável	53
2.2 Instituto da guarda e direito de convivência	55
2.2.1 Visão histórica no Direito pátrio	57
2.2.2 A guarda conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente	61
2.3 Modalidades de guarda no Direito Civil brasileiro	63
2.3.1 Guarda unilateral	65
2.3.2 Guarda alternada.....	67
2.3.3 Guarda compartilhada.....	70
2.3.3.1 <i>Guarda compartilhada obrigatória e o melhor interesse dos filhos</i>	73
CAPÍTULO 3 POLÍTICAS PÚBLICAS NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	80
3.1 As políticas públicas de tratamento de conflito	80

3.2 Conceito e características da mediação	83
3.2.1 Princípios norteadores do procedimento de mediação	86
3.3 Histórico da mediação no Brasil e no mundo	94
3.4 A mediação familiar como instrumento na busca pelo consenso parental	97
3.5 Os reflexos da mediação na efetivação da guarda compartilhada	100
3.6 Outros instrumentos facilitadores para o exercício da guarda compartilhada	103
3.6.1 Transmediação de conflitos	103
3.6.2 Coordenação de parentalidade	105
3.6.3 Oficinas de parentalidade	107
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

É inquestionável que as transformações sociais desencadeadas nas últimas décadas provocaram influências e interferências positivas e negativas nas instituições familiares. Assim, diante destas alterações sociais, o modelo familiar patriarcal em que o homem era considerado o chefe da família e a mulher dona de casa e cuidadora do rebento, cedeu espaço às relações de maior equilíbrio, nas quais a mulher buscava a sua ascensão profissional e, paralelamente, o pai mostrava-se mais participativo na vida de seus filhos, ocasionando uma redistribuição das funções parentais.

Dentre os atributos da parentalidade, a autoridade parental merece destaque. De acordo com o Código Civil/2002¹, este instituto consiste no conjunto de direitos e obrigações inerentes aos genitores com relação aos filhos menores de idade e não emancipados. Embora a expressão “pátrio poder”, já em desuso, continue no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)² e a nomenclatura “poder familiar” persista no atual Código Civil; os resultados da defesa da terminologia autoridade parental, começam a brotar, em decorrência da sua presença na Lei n. 12.318/2010³, que dispõe sobre a alienação parental; assim, o legislador incluiu no rol dos procedimentos censuráveis, a campanha de desqualificação da conduta dos genitores no exercício da autoridade parental.

Além disso, o Estatuto das Famílias decorrente do Projeto de Lei n. 470/2013⁴, em trâmite de aprovação, idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e proposto pela Senadora Lídice da Mata, deixa em evidência o capítulo da autoridade parental, encarregando aos genitores o dever de cuidado, assistência material e moral, formação e educação dos filhos menores de idade, a ser exercido sempre ansiando pelo melhor interesse destes. Contudo, ainda que a autoridade parental seja reconhecida como um instituto de caráter protetor e composto por um conjunto de obrigações em relação aos filhos, este rol não

¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: jun. 2016.

² Id. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: jun. 2016.

³ Id. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: jun. 2016.

⁴ MATA, Lídice da. Projeto de Lei nº 470 de 12 de novembro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: jun. 2016.

elencar o que sem dúvidas é considerado o maior compromisso dos pais: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho.

Em decorrência das mutações enfrentadas pela sociedade, houve um maior número de ruptura dos relacionamentos, ocasionando, assim, o surgimento de conflitos nos núcleos familiares, muitas vezes circundados por mágoa e rancor entre os ex-cônjuges. Com a ruptura, todos os membros envolvidos experimentam uma dolente transição, promovendo uma desarrumação familiar.

Insta destacar que, mesmo perante estas ocasiões, a autoridade parental permanece incólume, visto que a parentalidade não se confunde com a conjugalidade. É preciso realizar apenas uma adaptação às novas funções parentais, assim, a modificação que se dá, refere-se a uma das atribuições da autoridade parental, ou seja, é concernente à guarda dos filhos. Na esfera jurídica, o exercício da guarda é considerado o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor de idade, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de prestar-lhe a assistência necessária; no mais, a Constituição Federal assegura a toda criança o direito de ter um guardião para protegê-la.

No Direito pátrio, há duas modalidades de guarda de filhos: a unilateral e a guarda compartilhada. A guarda unilateral, também conhecida por uniparental ou guarda exclusiva, consiste no exercício do dever/direito de guarda, de maneira direta, invariável e com exclusividade por apenas um dos genitores que reside com a prole e passa a lidar com as ocorrências cotidianas desta, cabendo ao genitor não guardião o direito à convivência com os filhos.

O modelo de guarda exclusiva é tido como desvantajoso colocando os filhos em situação de divisão, pois estes desejam estar ao lado de seu pai e de sua mãe de maneira igualitária; e não estar com um, e receber a visita do outro, deste modo ocorre o afrontamento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. De tal modo, com ânsia de abrandar o impacto negativo que as separações e divórcios submetem os filhos e diminuir os efeitos patológicos das situações conflituosas, passou-se a admitir o compartilhamento da guarda, de modo a proporcionar a continuidade da convivência entre os pais e filhos, resguardando as relações afetivas existentes.

Na guarda compartilhada, ambos os genitores exercem simultaneamente os direitos e deveres relativos à prole. Compreende-se pela responsabilização conjunta dos genitores, tendo como premissa os mesmos direitos e obrigações. Desta feita, a guarda concomitante tende a harmonizar a condição dos filhos frente ao fim do relacionamento

conjugal dos pais e propiciar àqueles o desenvolvimento físico, moral, espiritual, social e psíquico necessário.

Vale ressaltar, que a guarda compartilhada está relacionada a guarda jurídica dos filhos, ou seja, o que deve ser compartilhado são as responsabilidades decorrentes da parentalidade. Assim sendo, a presente pesquisa analisará quais são as responsabilidades inerentes à autoridade parental e, conseqüentemente, à guarda conjunta.

Com relação a guarda física ou material, esta permanece com um dos pais, tendo em vista que a criança/adolescente terá uma residência como referência, contudo, será também compartilhada a convivência entre pais e filhos, desde que sejam respeitados os limites e necessidades destes.

Esta modalidade de guarda foi prevista na legislação civilista brasileira apenas no ano de 2008, através da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008⁵, que modificou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, transformando a guarda compartilhada em guarda legal. Assim sendo, a guarda uniparental deixa de ser o único modelo de guarda e passa a partilhar o mesmo patamar normativo que a guarda conjunta, sendo esta orientada pelos princípios da igualdade, solidariedade, responsabilidade parental e em especial pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Em 22 de dezembro de 2014 foi sancionada a Lei n. 13.058⁶, que prevê profundas alterações nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, instituindo a guarda conjunta como regra. As vantagens desta espécie de guarda devem ser elencadas pelo magistrado em audiência conciliatória. Restando infrutífero o acordo no divórcio ou ação de guarda, resta ao julgador estabelecer a guarda compartilhada quando ambos os genitores estiverem aptos a exercê-la; não o sendo, ou, declarando expressamente em juízo que não deseja a guarda do filho, o juiz atribuirá a guarda ao outro genitor, ou a terceiro, quando necessário.

A primeira discussão a respeito deste instituto surge justamente pela sua imposição obrigatória. Embora diante da superioridade da guarda conjunta, resta saber se este é o modelo que melhor atende aos interesses dos filhos e se poderá ser aplicado em todas as situações. Deve-se analisar se a determinação coercitiva da guarda conjunta, pelo magistrado,

⁵ BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: jun. 2016.

⁶ Id. Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: jun. 2016.

sempre refletirá em boa solução, em especial nos casos onde prevalece forte litígio entre os genitores.

Outro mote que provoca entusiasmado debate, refere-se a divisão equilibrada de tempo de permanência do filho com cada um dos pais, levando a uma confusão com a guarda alternada, na qual os filhos habitam determinado período com cada um dos genitores, dividindo-se a guarda física. No entanto, vale destacar que na guarda compartilhada o que se divide é a guarda jurídica e não a custódia física dos filhos. A modalidade de guarda alternada não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro justamente pela sua prejudicialidade à criança/adolescente.

Busca-se com a presente pesquisa uma melhor averiguação do instituto da guarda compartilhada obrigatória, dando ênfase a estes pontos em dissenso doutrinário, afim de constatar a correta aplicabilidade da guarda concomitante, para que então, esta alcance seu objetivo maior, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Para tanto, em um primeiro momento, haverá a delimitação conceitual da autoridade parental, buscando acompanhar sua trajetória e desenvolvimento desde o Direito Romano até a atual conjuntura com o Código Civil/2002 e as mais recentes legislações familiaristas. A autoridade parental será analisada tanto em seu conteúdo pessoal quanto patrimonial, passando então as situações de alteração deste instituto, como a suspensão, destituição e extinção.

Posteriormente, a proteção dos filhos menores de idade e não emancipados, ganhará espaço neste trabalho, procedendo com a especial abordagem da doutrina da proteção integral, da qual desencadeiam dois maxi princípios: o melhor interesse das crianças e dos adolescentes e a parentalidade responsável. Neste momento, mostra-se adequado a devida distinção entre autoridade parental e o instituto da guarda de filhos, enfatizando as circunstâncias que levam à imposição desta, buscando-se também traçar a sua evolução legislativa e elencar as modalidades trazidas pela doutrina.

Após a compreensão da guarda compartilhada, analisando os seus pontos negativos e positivos, pretende-se esclarecer a sua aplicabilidade em busca do melhor interesse dos filhos. Muitas vezes, a simples imposição legislativa não tornará a guarda conjunta efetiva, principalmente quando esta for decretada em situações conflituosas, nas quais os genitores ainda não estão aptos a separar o casal conjugal que se rompe e o casal parental que permanecerá. Diante destas situações, haverá a necessidade de instrumentos que

objetivam auxiliar os genitores no aprendizado em como lidar com estas situações e transformar os conflitos em soluções, através do diálogo e a comunicação adequada.

Por fim, questionar-se-á qual o papel do Estado frente as famílias e ressaltar-se-á a necessidade de implementação e execução de políticas públicas que atuam como facilitadoras do consenso parental na busca da efetivação da guarda compartilhada. Será realizada uma análise mais aprofundada das técnicas de mediação familiar, na qual poderá proporcionar aos genitores uma melhor compreensão e aceitação das responsabilidades conjuntas em favor da prole. Além de outros institutos que serão estudados com maior atenção, como a transmediação, a coordenação de parentalidade e as oficinas de parentalidade, a fim de identificar a ajuda e benefícios que estes institutos poderão proporcionar nas situações conflituosas que envolvem pais separados e a prole, sempre almejando manter a guarda compartilhada e alcançar o melhor interesse dos filhos.

No que se refere à metodologia científica, utilizou-se o método dedutivo-bibliográfico, por se tratar de uma observação do atual modelo legislativo inserido na estrutura normativa e de um levantamento de posicionamentos doutrinários e teóricos referentes ao Direito das Famílias, e em especial, ao instituto da autoridade parental e guarda compartilhada.

Quanto aos processos metodológicos, foram utilizados o comparativo e o histórico. Houve uma comparação entre a recente legislação e os dispositivos anteriores, além de confrontar obras e posicionamentos divergentes sobre um mesmo assunto. Através do processo histórico ocorreu à interpretação dos acontecimentos do passado com o propósito de descobrir quais foram os caminhos traçados pelas famílias, para que alcançassem tantas mudanças, em especial, com relação à autoridade parental, retomando ao antigo pátrio poder e poder familiar.

CAPÍTULO 1 AUTORIDADE PARENTAL

1.1 Antecedentes históricos e denominação

Conquanto a *patria potestas* não seja uma característica exclusiva de Roma, pois, antes disso, reflete uma concepção de vida, que vai buscar as suas origens no regime patriarcal, que prevaleceu entre povos da mais alta antiguidade, como os hebreus, arianos, gregos e comunidades domésticas teutônicas e eslavas. No entanto, há de se reconhecer que a *patria potestas* encontrou em Roma as condições psicológicas e morais que ali asseguraram a sua sobrevivência por tão largo espaço de tempo. Deste modo, pode-se considerar que a linha histórica da autoridade parental teve início no direito romano, naquela época este instituto estava voltado para o regime patriarcal e era denominado de Pátrio Poder ou *patria potestas* em que o poder competia prioritariamente ao pai, *pater familias*, ou ao ascendente mais idoso da grei familiar, com poderes de regência da vida dos descendentes, esposa, agregados e escravos,¹ por isso as famílias romanas eram tão numerosas.

No plano patrimonial, a prole não tinha direito a bens, sendo que todas as vantagens patrimoniais obtidas eram em benefício do *pater familias*, reunindo todo o patrimônio na pessoa do pai. Os demais integrantes da família romana não possuíam personalidade jurídica, bens próprios ou quaisquer direitos; eram considerados *alieni júris*, ou seja, alienados de quaisquer direitos patrimoniais ou civis, além de não poderem questionar os mandamentos paternos, sendo absolutamente obedientes ao *pater*, que exercia um poder absoluto, irrestrito e inquestionável.²

O papel do *pater familias* não se abreviava apenas a chefia do conjunto familiar e a sua autoridade com relação aos demais componentes da família e agregados, a sua função ultrapassava o ambiente íntimo, ao passo que o *pater* também adquiria uma função religiosa e política, sendo ele o responsável por conduzir a religião no âmbito doméstico, além disso, em Roma, a família representava a unidade de sustentação da sociedade, deste modo, o poder do *pater familias* fazia-se essencial para a união do grupo familiar como uma célula importante do Estado.³

¹ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.

² MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 22.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 295.

Com este entendimento, seguem as palavras de Jenny Magnani de O. Nogueira:

A religião doméstica, baseada no culto aos mortos ao determinar a existência, em cada casa, de um lar com o fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para a adoração aos seus deuses, demonstra que o que caracteriza a família é a possibilidade de cultuar e adorar os mesmos deuses, sob o princípio da autoridade paterna.

[...]

O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater familias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.⁴

O poder adquirido pelo *pater familias* diante dos demais familiares era absolutamente irrestrito, tanto que lhe competia até mesmo a possibilidade de vender um dos seus filhos para sanar eventuais problemas financeiros da família (*ius vendendi*), ou ainda, o oferecimento de um sucessor como modo de indenizar um prejuízo ocasionado a um terceiro (*noxae deditio*). Além destas barbáries, o *pater*, poderia até mesmo abandonar um filho recém-nascido (*ius exponendi*), cumprindo-lhe assim, o direito de seleção eugênica quando fosse dado a luz à uma criança com distúrbio mental em benefício da comunidade.⁵

Com relação ao casamento, os romanos aderiram à monogamia, prática que era vista como um dogma, além disso, admitiam o instituto do *domus* que consiste no poder que o marido detém sobre a mulher. Naquele tempo, existiam dois tipos de casamento: *cum manu* e *sine manu*. No casamento considerado *cum manu*, substituía-se a antiga *patria potestas* da mulher pela do marido, *pater familias*; já no casamento *sine manu*, não ocorria esta mudança de poder, assim, a mulher permanecia sob o *manus* do *pater* da sua família de origem.

Com o passar dos séculos, esta visão romana de pátrio poder foi sendo afrontada por outros povos e diversas religiões, em especial, a cristã. Através da crença cristã, o discurso de solidariedade, a noção de igualdade entre os cônjuges e o dever de moral dos pais pela criação de sua prole, foram as causas fundamentais que deram início à fortificação dos laços afetivos entre os familiares e que acabaram se justapondo à antiga compreensão romana que tratava os membros da família como simples propriedade do *pater*.⁶

Vale diferenciar o *mundium* dos germanos do *patria potestas* dos romanos. No que se refere à antiga família germânica, também há de ser reconhecida a influência do

⁴ NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 119-120.

⁵ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 23.

⁶ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 24.

patriarcalismo. Entretanto, no curso de sua evolução, a autoridade paterna experimentou sensível abrandamento, o *mundium* adquiriu um significado diverso do *patria potestas*, iniciando uma nova perspectiva histórica à instituição da família.

Diferentemente do sistema romano, a mulher germânica casada, permanecia com os laços de parentesco com a sua família de origem, haja vista a não existência do casamento *cum manu* na Grécia.⁷ Além disso, o direito germânico apresentava uma linha mais humanista e liberal do que o direito romano, embora as práticas extremas também existirem na Grécia, como o *ius vitae et necis*, no qual o chefe do poder familiar poderia executar o seu filho, o pátrio poder germânico era visto em razão dos filhos, no qual prevalecia os interesses da prole. Outra distinção que merece destaque é que o *mundium* não tinha a perpetuidade da *patria potestas*, os filhos se viam livres assim que assumissem condições de se defenderem sozinhos. Assim, originou-se a maioridade como causa de extinção do pátrio poder, o *mundium germânico* teve influência direta e determinante em outros povos, redefinindo a *patria potestas* romana e atribuindo-lhe as noções que hoje em dia abarcam este instituto.⁸

No que tange ao velho direito luso-brasileiro, é manifesta a influência do sistema romano no que se diz respeito ao pátrio poder. Com o advento da legislação portuguesa que foi transplantada no Brasil, por força da lei de 20 de outubro de 1823, o instituto do pátrio poder se apresentou, no direito brasileiro, com as características residuais que marcaram a *patria potestas*, na sua fase de mutação. As Ordenações do Reino, acolheram o patriarcalismo, conferindo total poder e domínio ao *pater familias*, de tal modo, o homem continuava sendo o chefe da sociedade conjugal e a mulher ainda precisava da sua proteção e consentimento para a prática de atos da vida civil. Também nas Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas, editadas entre 1860 e 1865, prevaleceu a definição de filho-famílias como sendo aquele que está sob o poder do genitor, independentemente de sua idade.⁹

Com a promulgação do primeiro Código Civil Brasileiro (CC), em 1916,¹⁰ manteve-se a tradição do *pater familias*, considerando o marido o chefe da sociedade conjugal, já que a mulher casada era considerada relativamente incapaz, inferior por sua natureza, e submissa ao poder do varão, dispondo desta maneira o art. 233 do Código Civil de 1916: "Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e, na

⁷ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 25.

⁸ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

⁹ ROCHA, op. cit., p. 31.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: jun. 2016.

falta ou impedimento seu, a mulher." Mais adiante, em 27 de agosto de 1962, foi publicado o Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62,¹¹ que acarretou algumas modificações no Código Civil de 1916, acerca do pátrio poder. Neste sentido, foi atribuído o pátrio poder aos pais, sendo competente o marido, com o auxílio da esposa e, na falta ou impedimento de um, o outro passaria a exercê-lo com exclusividade. Com a devida modificação, o art. 380 do Código Civil de 1916 passou a ter a seguinte redação:

Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher, na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

Embora o Estatuto da Mulher Casada tenha inovado substancialmente os princípios legais da época ao ignorar a discriminatória distinção baseada exclusivamente no gênero sexual quando tipificou o exercício do pátrio poder em favor de ambos os genitores, em determinados momentos a figura do marido ainda prevalecia à da mulher, tanto em caso de divergência do exercício do pátrio poder, quanto à administração legal dos bens dos filhos menores de idade, que era prerrogativa paterna, art. 385, CC/16.¹² No mais, o direito de conceder emancipação ao filho, também era privilégio do pai, art. 9º, parágrafo único, inciso I, CC/16¹³, bem como o direito de representação do filho menor de idade, sendo indivisível a representação da família e competente ao marido, art. 233, inciso I, CC/16.¹⁴ Somente na falta do varão é que a mãe poderia administrar os bens do filho, conceder-lhe emancipação ou representá-lo.

Já em 1988 com a entrada em vigor da nova Carta Constitucional, as transformações do Direito de Família tornaram-se evidentes, sendo que grande parte dos artigos inseridos na Constituição Federal /88 (CF)¹⁵ com relação àquele Instituto, acarretaram

¹¹ BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: jun. 2016.

¹² Art. 385, CC/16: "O pai, e na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225."

¹³ Art. 9º, CC/16: "Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos; [...]."

¹⁴ Art. 233, CC/16: "O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - a representação legal da família; [...]."

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: jun. 2016.

a não recepção de mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916¹⁶. Deste modo, o art. 5º, I, da Constituição Federal,¹⁷ consagrou como um direito fundamental, a isonomia de direitos e obrigações entre homens e mulheres, além disso, o art. 226, § 5º¹⁸ deste mesmo dispositivo reforça este entendimento ao elencar o princípio da igualdade conjugal e parental. No mais, reconheceu a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar, art. 226, § 3º, CF,¹⁹ e concedeu aos filhos havidos ou não do vínculo conjugal ou por adoção, os mesmo direitos e qualificações, proibindo qualquer discriminação relativa à filiação, art. 226, § 4º, CF.²⁰

Destarte, a Constituição Federal de 1988, apelidada de constituição cidadã, expandiu o conceito jurídico de família, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrando a igualdade familiar, transformando de maneira contundente as relações paterno/materno-filiais. Por conseguinte, a família patriarcal e a discriminação da mulher, evidente no Código Civil/16, mostrou-se inconciliável com as regras da Constituição Federal/88, cedendo lugar a uma sociedade familiar embasada no companheirismo e na igualdade dos pais frente ao pátrio poder.

A Constituição Federal de 1988, tornou uma imposição de ordem pública o dever dos pais de zelar pela formação integral dos seus filhos, assegurando aos jovens o mais amplo direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e, dentre outros bens tutelados, o próprio direito à convivência familiar, de grande importância para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente. Sendo que todas estas orientações foram seguidas e reportadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, em seus arts. 3º²¹ e 4º, unificando-se em uma declaração de princípios, como preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da

¹⁶ COMEL, Denise Dano. **Do poder familiar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

¹⁷ Art. 5º, CF: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]."

¹⁸ Art. 226, § 5º, CF: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

¹⁹ Art. 226, § 3º, CF: "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."

²⁰ Art. 226, § 4º, CF: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

²¹ Art. 3º, ECA: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)."

Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, e com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Além disso, o ECA veio reafirmar a igualdade parental entre os genitores, estabelecendo que o pátrio poder deverá ser exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe, art. 21: "O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência."

Mesmo após tantas modificações acerca do Instituto Família e em especial com relação as funções parentais, agora condicionadas aos interesses dos filhos, a expressão pátrio poder continuava remetendo a superioridade do homem no âmbito familiar. Todavia, tal colocação não mais condizia com os reais parâmetros das relações familiares. Assim, buscou-se compatibilizar o Código Civil aos novos contextos jurídicos e valores da sociedade, restando, neste momento, sancionada a Lei n. 10.406 de janeiro de 2002, que deu origem ao novo Código Civil, que por sua vez, substituiu a figura do pátrio poder pelo poder familiar.

Ressalta-se que a alteração da terminologia não demonstra a criação de um novo instituto jurídico, mas uma nova denominação adaptada ao texto constitucional e compatibilizada com o avanço marcante e profundo da sociedade global²². No mais, a expressão poder familiar evidencia a igualdade entre os genitores, conferindo-lhes o exercício simultâneo e conjunto da incumbência legal imposta pelo próprio Estado.

Não obstante seja indiscutível o avanço alcançado com esta nova denominação designada pelo legislador, muitos são os defensores²³ de que a nomenclatura poder familiar ainda não é a mais adequada, e sim "autoridade parental", por refletir a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral da criança/adolescente.²⁴

Silvio Rodrigues é um dos críticos do termo poder familiar, segundo o jurista, o legislador se preocupou mais em retirar da expressão a palavra pátrio que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa a obrigação/dever dos genitores, e não da

²²AKAEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

²³RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.; SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5. p. 461.

família propriamente dita, como o nome induz.²⁵ Neste sentido, o vocábulo "autoridade" exprime de maneira mais clara o sentido do exercício, da função e do dever desempenhado pelos pais, e o termo "parental" melhor revela a relação de parentesco entre pais e filhos, destinatários desta autoridade/dever.²⁶ Além disso, o fato de caracterizar um poder, não significa arbitrariedade, mas um composto de autoridade e obrigação, assim, os genitores têm dever de desempenhar a autoridade parental tendo em vista, tão somente, o benefício dos filhos, em razão de sua experiência e amadurecimento em face destes.

Conquanto, a nomenclatura pátrio poder, já em desuso, permaneça no Estatuto da Criança e do Adolescente, e a terminologia poder familiar faz-se presente no atual Código Civil; os reflexos da defesa da expressão autoridade parental, começam a surgir, bastando ver a sua presença na legislação que dispõe sobre a alienação parental, Lei n. 12.318/2010, ao incluir no rol dos procedimentos censuráveis a campanha de desqualificação da conduta dos pais no exercício da autoridade parental.²⁷ No mais, o Projeto de Lei n. 470/2013, idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e proposto pela senadora Lídice da Mata, que tramita no Senado, em defesa da criação do Estatuto das Famílias, deixa em destaque o capítulo da autoridade parental, arts. 89 a 98, incumbindo aos pais o dever de assistência moral e material, cuidado, educação e formação dos filhos menores, a ser exercido sempre buscando o melhor interesse dos filhos.

1.2 Delimitação conceitual e fundamentos

Buscando delimitar o conceito de pátrio poder, ou poder familiar, ou, ainda, autoridade parental, é de rigor destacar primeiramente as diferentes posições doutrinárias sobre esse instituto, que acompanharam as variações sofridas desde o direito romano até a contemporaneidade.

Lafayette Pereira, em tempos pré-republicanos, precisamente em 1910, discorreu sobre o pátrio poder em sua clássica obra “Direitos de Família”, propondo o seguinte

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 355.

²⁶ AKAEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

²⁷ Lei n. 12.318/2010. Art. 3º: “A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à **autoridade parental** ou decorrentes de tutela ou guarda.” (grifo nosso).

conceito: "O pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias."²⁸

Percebe-se a presença do patriarcado e do patrimonialismo, que vigorava àquela época, privilegiando unicamente a figura do pai, tida como inquebrantável e soberana enquanto chefe de família.

Mais adiante, encontra-se uma diferente conceituação dada ao pátrio poder, por Martinho Garcez Filho:

No direito moderno, o pátrio poder é um conjunto de direitos que a lei confere aos pais sobre a pessoa e bens dos filhos, até a maioridade deles. Esse conjunto de direitos, no dizer de um ilustre mestre, é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais o interesse do filho, que, por sua idade, necessita de um guia e protetor, do que o interesse do pai, como no antigo direito. A autoridade dos pais é um poder familiar, quer dizer, uma autoridade que mantém os laços de família, e dentro do círculo das relações desta se circunscreve; todavia está sobre ela vigilante o poder social para impedir os abusos, quer de ordem moral, quer de ordem econômica.²⁹

Neste momento, nota-se que a autoridade exercida pelos pais sobre os filhos, é tutelar e é mais um dever que um direito, estabelecido como proteção a fraqueza dos filhos, que se encerrava com a maioridade civil. Diferentemente do pátrio poder exercido pelos romanos, cujo poder era estabelecido em proveito exclusivo daquele que o exercia, no qual o filho era considerado um instrumento de trabalho, explorado no interesse do pai; aqui o filho possui direitos, o que impõe obrigações ao pai.

Seguindo esta mesma linhagem conceitual, José Antônio de Paula Santos Neto, sintetizando as diversas considerações que fazem referência a este instituto, propõe que:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.³⁰

Mais adiante, já com a modificação da denominação, transformando o pátrio poder em poder familiar, mesmo sem uma definição para este instituto, no direito positivo, destacando apenas uma apresentação genérica e a regulamentação de aspectos específicos, como titulares, competência, suspensão, extinção, dentre outros; busca-se novas conceituações ao poder familiar, que passa a compreender a reunião dos direitos e deveres dos

²⁸PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910. p. 234.

²⁹GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Off. Graph. Villas Boas e Cia, 1929. v. 1. p. 173.

³⁰SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 55

pais em relação aos filhos menores não emancipados, conforme preceitua o art. 1.630,CC/2002.³¹

Maria Helena Diniz, assim define o poder familiar:

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 a proteção do filho.³²

Contemporaneamente, observa-se a existência de uma uniforme concepção filhocentrista,³³ que desloca o seu sustentáculo da figura dos pais para a pessoa dos filhos, não mais como objeto de direito daqueles, mas ele próprio é sujeito de direitos.

Para Silvio Venosa, adepto da denominação autoridade parental, "O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei."³⁴ Com isso, nota-se inegável inversão de focagem, ao reconhecer uma proteção especial à criança e ao adolescente, com a finalidade de proteger, educar, e capacitar o filho, proporcionando, não apenas os direitos intrínsecos à pessoa humana, mas principalmente todos os elementos essenciais para o seu pleno desenvolvimento. De tal modo, a autoridade parental transformou-se em um instituto com caráter de proteção, um *munus* imposto pelo Estado aos pais, para a realização de seus deveres em relação aos filhos.

Com relação aos fundamentos da autoridade parental, várias são as teorias que discorrem sobre o assunto, passando pelo fundamento com base na procriação, no vínculo religioso e até mesmo econômico.³⁵ Entretanto, tais opiniões não são convincentes, pois o fato só da procriação não é suficiente para explicar a autoridade parental, que poderá existir independentemente de vínculo biológico tal como ocorre na adoção e socioafetividade. A motivação religiosa e econômica, que teve os seus dias de glória no direito romano, já não se justifica nos dias atuais.

Desta feita, resta o entendimento de que a autoridade parental encontra sua razão de ser na proteção dos filhos, no amparo moral e material que são devidos a eles em decorrência de sua dependência. Proteção e dependência compõem os ideais basilares para a

³¹ Art. 1.630, CC: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores."

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5. p. 564.

³³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 295.

³⁵ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 36.

formação do instituto da autoridade parental, no conceito do moderno direito, "Proteção dos pais no que se refere aos filhos menores de idade e não emancipados [...]. Dependência dos filhos em relação aos pais, a quem a lei atribui direitos e deveres."³⁶

Mostra-se fundamental a convivência e a participação dos membros do grupo familiar no sentido de efetivar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em conta que estes são incapazes de prover suas necessidades, carecendo que alguém o faça. Deste modo, os direitos e obrigações inerentes às funções parentais visam à formação integral dos filhos, seja ela: física, mental, moral, espiritual, social, ou seja, tudo o que necessário for para uma vivência sadia, realizada e completa.

Ainda que a autoridade parental seja reconhecida como um instituto de caráter protetivo, composto por um conjunto de deveres em relação aos filhos, expresso no art. 1.634, CC, este rol não consta o que, sem dúvidas, é considerado o maior dever dos pais: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho.³⁷

1.3 Características

Inúmeras são as características da autoridade parental, facilmente percebível o seu encargo de natureza personalíssima, vinculado ao estado de família. Somente os genitores, independentemente de sua constituição, estão legitimados a exercê-la. Além do caráter personalíssimo, outras três características inerentes à autoridade parental ganham destaque, sendo este instituto, irrenunciável, indisponível e imprescritível.³⁸

A autoridade parental constitui uma das bases da família e faz parte do estado das pessoas, sendo um instituto de ordem pública. A irrenunciabilidade é fundamental, uma vez que este encargo parental é considerado um dever/função, a cargo dos pais, que não podem subtrair-se ao dever de proteção dos filhos. A prole tem direito a um estado de família, que não depende da mera vontade dos genitores, sendo o instituto da autoridade parental oponível *erga omnes*.³⁹

É de se assumir que as responsabilidades parentais não são irrenunciáveis por natureza, mas sim, irrenunciáveis por regra, salvo exceção nas situações de adoção, na qual os

³⁶ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 37.

³⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 465.

³⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p. 414.

³⁹ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda de filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

genitores renunciam a sua autoridade que será transferida a outras pessoas que passarão a ser os novos genitores da criança ou adolescente, perde a autoridade parental os pais naturais e adquire-a, para todos os efeitos, os pais adotivos. Entretanto, nesta situação, outros princípios estão em jogo, pois, a excepcional renúncia das responsabilidades parentais resulta em benefício de outro instituto, admitido no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁰

É facultado aos pais confiar a terceiros a criação e educação de seus filhos, não consistindo esta ação em renúncia da autoridade parental, ao contrário, é considerado um ato de confiança, em razão do qual o pai/mãe exercita um direito próprio, através de uma terceira pessoa de sua confiança e que possua afinidade com a criança/adolescente.

A autoridade parental é indisponível, uma vez que para os filhos é cogente, pois lhe garante o recebimento da assistência que lhe é devida. É condição existencial, pois enquanto crianças e adolescentes são vulneráveis, não podendo sobreviver sem a assistência de sua família. Nem os genitores podem dispor da relação que tem com o filho porque lhe é necessária, nem este pode prescindir da autoridade parental. Logo, é bem essencial, não se transfere e só se extingue pela morte.

Observa-se que a renúncia para efeito de adoção não importa em transferência direta da autoridade parental aos adotantes. Estes somente a adquirirão após o preenchimento de todos os requisitos previstos na legislação e após a devida formalização do processo de adoção perante o Poder Judiciário. Assim, os adotantes legitimam-se para o exercício da autoridade parental por força da própria lei, e não em decorrência imediata do ato de renúncia dos pais biológicos. Desta feita, podem os genitores renunciar o instituto em benefício da adoção, tornando-se o ato sujeito à condição; todavia, não podem livremente transferir a titularidade de que estão investidos diretamente para as pessoas de sua escolha.⁴¹

A imprescritibilidade certamente está vinculada a essência da autoridade parental, ainda que, por qualquer conjuntura, o encargo não seja exercido por seus titulares, não está sujeita a prescrição e também a decadência. Se as ações de estado são imprescritíveis, a autoridade parental, enquanto parte do estado familiar e, considerada de ordem pública, também não deve ser passível de prescrição.

Não obstante, nada impede que os pais percam a autoridade parental, de maneira temporária ou definitiva, voltando a exercitá-la no momento do seu restabelecimento, ocorrendo sua extinção apenas nos casos expressos em lei.

⁴⁰ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 40.

⁴¹SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 70.

1.4 Conteúdo da autoridade parental

Na legislação fixa os genitores devem exercer a tarefa de proteger e administrar os bens dos filhos que ainda não completaram a maioridade civil, ou não foram emancipados, já que em razão da idade, estes filhos não tem condições de regerem a si próprios e seus interesses, criando o vínculo de dependência para com os pais.

Identifica-se uma intervenção estatal cada vez mais acirrada nas relações entre pais e filhos, especialmente em decorrência à adoção da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, reafirmando o dever dos pais de garantir à prole, proteção e cuidados especiais, e, na falta deles, a obrigação de proteção e cuidado para com as crianças e adolescentes é transmitida ao Estado.

Aos genitores sempre coube o dever de conduzir os filhos conforme o entendimento único daquilo que compreendem ser a melhor orientação para a criação dos seus descendentes, no entanto, esta prerrogativa tem como principal finalidade a proteção dos verdadeiros interesses dos filhos crianças/adolescentes, inclusive os interesses de ordem patrimonial, sendo esta a razão de o Estado ter a possibilidade de intervir nas relações paterno-filiais sempre que existir fundado receio.

Com a implantação da Constituição Federal de 1988, foi instituído o princípio do atendimento compartilhado às crianças e adolescentes, repartindo entre a família, a sociedade e o Estado a tarefa de proporcionar-lhes os direitos fundamentais. Desta feita, o art. 227, CF, estabelece:

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.

Do conjunto de direitos e deveres que o ordenamento jurídico confere aos genitores, emanam duas categorias de relações, levando em consideração os fins a que se destinam e o bem jurídico que visam tutelar: a primeira refere-se a pessoa dos filhos e a segunda diz respeito aos seus bens pessoais e patrimoniais.⁴²

⁴²GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

1.4.1 Aspectos pessoais

O primeiro dos deveres paternos/maternos é o de criação dos filhos, dever este que está ligado aos encargos do casamento, diante da obrigação de assistência definida no art. 1.566, inciso IV, CC,⁴³ para o sustento, guarda e educação dos filhos. De igual modo, também se encontra esta previsão para os consortes que vivem em união estável, segundo o art. 1.724,⁴⁴ também do CC. Vale destacar que independentemente da origem das relações filiais, todas são resguardadas.⁴⁵

Os atributos da autoridade parental de conteúdo pessoal estão concentrados no art. 229 da Constituição Federal, art. 22 do Estatuto da Criança e Adolescente, e o art. 1.634 do Código Civil. Haja vista que a regulamentação da autoridade parental gira em torno de um complexo legislativo, é fundamental a utilização da Teoria do Diálogo das Fontes, aplicando todas as normas em complementação, sempre objetivando a proteção integral da criança e do adolescente.

Hierarquicamente, o texto constitucional estabelece que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]." No que diz respeito ao ECA, o art. 22,⁴⁶ incumbe aos pais o dever de sustentar, guardar e educar os filhos menores de idade, bem como a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse dos filhos.

Dentre as atribuições típicas do exercício da autoridade parental no âmbito da pessoa dos filhos o Código Civil, não menos importante, em seu art. 1.634, dispõe com maior especificidade os seguintes deveres dos genitores:

- I- dirigir-lhes a criação e a educação;
- II- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

⁴³Art. 1.566, CC: "São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV - sustento, guarda e educação dos filhos; [...]."

⁴⁴Art. 1.724, CC: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos."

⁴⁵OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 312.

⁴⁶Art. 22, ECA: "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. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)."

- VII- representá-los judicial ou extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Com relação aos deveres de criação e educação dos filhos, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com nova redação, decorrente da Lei n. 13.257/2016,⁴⁷ também lhes assegura tais garantias, complementando assim, o texto civilista acima transcrito: "É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral."

Assim, o dever de criar, considerado o cerne da autoridade parental, consiste na tarefa de proporcionar aos filhos todos os direitos fundamentais, intrínsecos à pessoa humana, garantindo o bem estar físico, os cuidados com alimentação, saúde, e tudo o que mais for necessário à sobrevivência. Tais deveres são, na verdade, um auxílio que os genitores devem em relação aos filhos, oferecendo condições para que a prole desenvolva a inteligência e adquiram conhecimentos necessários.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a infração ao dever de criação caracteriza, o crime de abandono material, tipificado pelo art. 244 do Código Penal brasileiro,⁴⁸ acarretando inclusive, a perda da autoridade parental, estipulada no art. 1.638, CC, conforme verificar-se-á mais à frente. Todavia, a destituição da autoridade parental, não desobriga os genitores de sustentar os filhos, devendo arcar com os alimentos ainda que a prole esteja em poder do outro genitor, em condições de manter os custos. Esta situação se dá justamente pelo fato de que a suspensão ou perda da autoridade parental constituem punição e não prêmio ao comportamento delituoso, se não fosse este o procedimento, o genitor faltoso seria

⁴⁷BRASIL. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 23 jan. 2016.

⁴⁸Id. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: jun. 2016. Abandono material. Art. 244, CP: "Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único: Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada."

beneficiado com a desoneração da responsabilidade alimentar, que recairia unicamente sobre o outro genitor.⁴⁹

No que se refere ao dever de educar, este possui maior abrangência, pois constitui a obrigação de promover o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da personalidade da prole, qualificando-os para as atividades laborais e habilitando-os para o exercício da cidadania nos aspectos físico, mental, moral, espiritual e social, e não apenas a escolarização.⁵⁰ O cumprimento desta obrigação realiza-se em dois planos: com a participação direta dos genitores por meio da convivência natural e diária com os filhos; e pela responsabilização de acompanhar o processo de educação dos filhos em estabelecimento oficial de ensino bem como sua frequência e rendimento nos estudos.⁵¹

Com relação a espécie de educação a ser fornecida aos filhos, esta escolha compete aos pais que poderão optar pelo ensino público ou privado, de acordo com suas limitações econômicas bem como a espécie de orientação pedagógica ou religiosa e o padrão escolar mais adequado. O direito/dever de educar é intransferível, no entanto, é cabível aos pais a designação do exercício destas responsabilidades a outra pessoa ou instituição.⁵²

O não cumprimento ao encargo de proporcionar ao menos educação fundamental aos filhos caracteriza o delito de abandono intelectual, tipificado pelo art. 246, do Código Penal brasileiro,⁵³ lembrando que o dever de educar não se limita apenas a proporcionar instrução ao filho, pois a noção de educação é ampla, incluindo escolar, moral, política, profissional e cívica.⁵⁴

O fato de deter os filhos sob sua guarda e companhia há de ser considerado um mecanismo de objetivar a adequada criação e educação daqueles, haja vista que os genitores somente poderão criá-los e educá-los de maneira eficaz se juntos conviverem. Deve

⁴⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6. v. p. 421.

⁵⁰Art. 53, ECA: "A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais."

⁵¹SANTOS, Bruna Mattos dos. **A aplicabilidade da guarda compartilhada em face da alienação parental**. 2015. 116 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2015. p. 20.

⁵²MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3. p. 125.

⁵³Abandono intelectual. Art. 246, CP: "Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa."

⁵⁴GONÇALVES, loc. cit.

prevalecer um relacionamento estreito entre pais e filhos a fim de possibilitar o compartilhamento de sentimentos, experiências e informações; exercitando a necessária vigilância e proteção dos perigos.

Pontes de Miranda cita que:

O pai não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixar-lhes as horas de trabalho e estudo; proibir-lhes diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher, etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do seu pai.⁵⁵

Os pais detêm o direito de reter consigo os filhos no lar, dirigindo suas condutas, afastando-os de companhias maléficas, ditando os locais a serem frequentados, oferecendo, assim, uma vida melhor, mais segura e tranquila para os filhos crianças/adolescentes. É assegurado aos genitores o direito/dever de reclamar de detenção ilegal do filho, sendo ocasionado por ato próprio do filho que abandona o lar dos pais, ou por ato de terceiro, utilizando-se de força física ou psicológica contra a vontade dos pais. Nestas situações, os detentores da autoridade parental devem requerer o retorno ou devolução do filho, inclusive mediante ordem judicial de busca e apreensão.

No caso de os pais confiarem a guarda de sua prole à pessoa que possa prejudicá-la, incidirão no crime tipificado no art. 245, CP,⁵⁶ entrega de filho menor a pessoa inidônea.⁵⁷

O legislador atribui aos genitores o direito de manifestar a vontade pelos filhos, diante da representação destes no que diz respeito aos atos da vida civil para aqueles que ainda não completaram 16 anos, sendo considerados absolutamente incapazes; já para aqueles que possuem 16 anos, mas ainda não atingiram a maioridade civil, que se dá aos 18 anos completos, deverão ser assistidos pelos seus genitores ou tutores.

Com relação ao consentimento para o casamento, pressupõe-se que os maiores interessados em proteger o filho da prática de um ato que gera consequências importantes sejam os pais, sendo este o motivo da prerrogativa a eles concedida. Desta feita, como todas

⁵⁵MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3. p. 124.

⁵⁶Entrega de filho menor a pessoa inidônea. Art. 245, CP: "Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro."

⁵⁷AKAEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

as funções da autoridade parental, está também deve ser exercida sempre objetivando o melhor interesse dos filhos, de maneira fundada e compromissada, por ambos os genitores, em igualdade de condições, decorrente da isonomia consagrada constitucionalmente. Havendo recua injustificada, o magistrado poderá suprir o consentimento.

A legislação civil confere o direito aos detentores da autoridade parental de nomear tutor através de testamento ou outro documento idôneo, que se responsabilizará pelos cuidados da criança/adolescente na falta do outro cônjuge, visto que, não haverá indicação melhor para a tutela de seus filhos senão a dos pais.

Cuida-se da denominada tutela testamentária cabível diante do fato de que a um consorte não é lícito privar o outro de exercitar a autoridade parental, podendo confiar seus filhos menores de idade aos cuidados de terceiros apenas quando o outro genitor houver falecido ou for considerado incapaz de exercer tal autoridade sob pena de se caracterizar nulidade da nomeação de acordo com os arts. 1.729⁵⁸ e 1.730,⁵⁹ CC.

Como observa Silvio Rodrigues: "Esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercitar o poder paternal, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere."⁶⁰

Também é considerado direito dos genitores, para o bom desempenho da função parental, a exigência de respeito e obediência, devendo, no entanto, este respeito ser recíproco, pois ausente a harmonia no lar, poderá acarretar a suspensão ou perda da autoridade parental.

É permitido exigir o respeito e a obediência dos filhos, entretanto, sem o uso de castigos físicos, mesmo que moderados, haja vista o sancionamento da Lei n.13.010, de 26 de junho de 2014,⁶¹ conhecida como "lei da palmada" ou "lei menino Bernardo".

⁵⁸ Art. 1.729, CC: "O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico."

⁵⁹ Art. 1.730, CC: "É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar."

⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. 361.

⁶¹ BRASIL. Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: jun. 2016.

Tal legislação provocou a alteração do art. 1.634, do CC e acrescentou os arts. 18-A⁶² e 18-B⁶³, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, repudiando qualquer espécie de castigo físico.

Quanto à função de exigir dos filhos a execução de serviços próprios da sua idade e condição, a norma deverá ser interpretada no sentido de colaboração nos serviços domésticos ou tarefas exclusivamente didáticas, de duração limitada e sem remuneração; devendo observar a necessidade de se privilegiar os momentos dedicados aos estudo e lazer dos filhos.

Assim, cumpre ressaltar as exigências estabelecidas pelo art. 32 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança,⁶⁴ a respeito do exercício das atividades laborais:

1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito de ser protegida contra a exploração econômica ou a sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.
2. Os Estados Partes tomam medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas para assegurar a aplicação deste artigo. Para esse efeito, e tendo em conta as disposições relevantes de outros instrumentos jurídicos internacionais, os Estados Partes devem, nomeadamente:
 - a) fixar uma idade mínima ou idades mínimas para a admissão a um emprego;
 - b) adotar regulamentos próprios relativos à duração e às condições de trabalho; e
 - c) prever penas ou outras sanções adequadas para assegurar uma efetiva aplicação deste artigo.

Em conformidade com as exigências acima estabelecidas, a legislação trabalhista, visando à proteção da criança e do adolescente, proíbe o trabalho destes fora do lar, até os 16

⁶²Art. 18-A, ECA: "A criança e o adolescente tem o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize."

⁶³Art. 18-B, ECA: "Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V - advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais."

⁶⁴BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: jun. 2016.

anos, art. 403, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),⁶⁵ salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, art. 7º, XXXIII, CF,⁶⁶ além de proibir o trabalho noturno até os 18 anos, art. 404, CLT.⁶⁷

Ao analisar a possibilidade de as crianças e adolescentes exercerem trabalho compatível com a sua idade, Paulo Lôbo considera:

Incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade humana (arts. 1º, III e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a 'serviços próprios de sua idade e condição', além de consistir em abuso (art. 227, § 4º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e a educação dos filhos, mas nunca para transformá-los em trabalhadores precoces.⁶⁸

Segundo os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, com relação aos serviços exigidos pelos genitores, a ideia primordial seria a de participação nas atividades cotidianas do lar,⁶⁹ afim de auxiliar os pais que certamente detêm outras ocupações. Assim, haverá um abrandamento no acúmulo de funções dos genitores; enquanto aos filhos, será proporcionado o aprendizado das tarefas domésticas, tão necessárias.

Nas situações em que o filho é educado como colaborador dos serviços domésticos visualiza-se uma função educativa ao invés de propriamente laborativa. O que se revela é a função que cada membro da família exerce no dia a dia familiar, cujo papel é eminentemente inclusivo, pois chama o filho a participar da realidade daquela família, preparando-o para a realidade que lidará na fase adulta, no que se refere à necessidade de colaboração recíproca.⁷⁰

⁶⁵BRASIL. Decreto-Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: mar. 2017. Art. 403, CLT: "É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola."

⁶⁶Art. 7º, CF: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;"

⁶⁷Art. 404, CLT: "Ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas."

⁶⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 211.

⁶⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 22.

⁷⁰TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: _____; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 213.

1.4.2 Aspectos patrimoniais

O conteúdo de âmbito patrimonial refere-se a administração e direito de usufruto dos bens dos filhos que ainda não completaram a maioridade e também não foram emancipados. Tal atributo é concedido a ambos os genitores, em igualdade de condições, e tem o condão de proteger os interesses da prole, devido a incapacidade que estes possuem para gerenciar o seu patrimônio.

Conforme estabelece o art. 1.689 do Código Civil, os pais no exercício da autoridade parental, são usufrutuários dos bens de seus filhos, tal instituto tem caráter especial, usufruto legal, sendo dispensado das formalidades de constituição, prestação de contas ou caução, entretanto, é considerado intransferível e irrenunciável, além de que os pais não poderão praticar atos que ultrapassem os limites da simples administração.

Deste modo, é permitido aos pais reter as rendas provenientes dos bens dos filhos, conservando-as acumuladas, ou consumi-las de maneira legítima, haja vista que a legislação concede esta permissão como forma de compensar os encargos decorrentes com a criação e educação da prole. Como bem enfatiza Silvio Rodrigues: "[...] se é verdade que aos pais incumbem as despesas com a criação dos filhos quando estes não as possam atender, justo é também que, tendo os filhos bens para criarem-se e educarem-se, usem as rendas dos mesmos bens para esse fim."⁷¹

Em conformidade com o inciso II, também do art. 1.689, CC, os pais deverão zelar pelo patrimônio que administram, buscando a sua manutenção e conservação, sendo defeso a prática de atos que possam acarretar a diminuição dos bens. Com relação aos bens móveis, os administradores poderão aliená-los sem a necessidade de autorização judicial, contudo, no que diz respeito aos imóveis, os genitores poderão vendê-los, hipotecá-los ou gravá-los em ônus real, apenas quando se provar a necessidade, vantagem econômica ou a evidente utilidade dos filhos, havendo a necessidade de autorização do juiz competente, art. 1.691, CC.⁷²

No entanto, o art. 1.693 do Código Civil, institui algumas restrições ao usufruto e administração dos bens da prole, enumerando situações em que haverá a exclusão de tais bens. O primeiro inciso do artigo acima indicado, faz menção aos bens que já fazem parte do patrimônio da prole antes do seu reconhecimento voluntário ou judicial por um dos genitores,

⁷¹RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 364.

⁷²Art. 1.691, CC: "Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz."

tal imposição tem o embasamento moral de evitar o reconhecimento voluntário somente pelo interesse em aproveitar-se do patrimônio do filho. De tal modo que, inexistindo este interesse aproveitador, o genitor reconhecerá o filho, independentemente da privação do usufruto ou da administração dos bens a este pertencente. Lembrando que esta imposição não alcança o outro genitor que tenha eventualmente promovido o registro de nascimento antes da aquisição dos bens pelo filho.

Também se exclui da administração e usufruto pelos pais, os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos, conforme o inciso II, no entanto, esta imposição não encontra alcance prático, haja vista que a maioridade civil ocorre aos 18 anos e além disso, a situação criada pelo legislador provavelmente acarretará na emancipação legal do filho, seja pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o adolescente tenha economia própria, art. 5º, V, CC.

Em uma terceira hipótese, inciso III, serão também excluídos os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais. Ao analisar a situação, pode o doador ou testador ser um dos genitores, em situação de divórcio, e não gostaria que os bens fossem administrados ou usufruídos pelo ex-consorte. Poderá ainda, o testador ou doador ser um terceiro, que proíbe a administração e usufruto dos bens por um ou ambos os genitores. Na primeira análise, o genitor doador ou testamentário poderá designar outra pessoa para assumir a função ou reservar para si o exercício do encargo, em caso de doação. Não havendo esta indicação, caberá ao juiz a nomeação de um curador especial para a administração, hipótese cabível também para a última situação.

Por fim, o inciso IV, exclui da administração ou usufruto pelos genitores, os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. Cuida-se de efeitos naturais da pena de deserção imposta ao herdeiro genitor, que praticou ato indigno.⁷³ Os herdeiros do excluído o sucedem como se fosse morto (morte civil), art. 1.816, CC.⁷⁴ Os efeitos desta deserção são pessoais, e não alteram a situação dos descendentes do herdeiro

⁷³Art. 1.814, CC: "São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade."

⁷⁴Art. 1.816, CC: "São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens."

excluído, esta penalidade deixaria de ser eficaz se o indigno pudesse administrar ou ter o usufruto dos bens havidos pela prole, na mesma sucessão de que foi afastado. Neste caso, o magistrado deverá nomear administrador na forma de curador especial.

Sempre que houver, no exercício da autoridade parental, colisão entre os interesses dos genitores e os da prole, o requerimento destes ou do Ministério Público, o juiz indicará curador especial, art. 1.692, CC. Independente de comprovação de lesão ocasionada pelos pais ao filho, bastando que surjam situações em que os interesses de ambos sejam aparentemente contrários. A colisão existirá sempre que os direitos defendidos pelos genitores puderem ocasionar prejuízo aos filhos decorrentes de interesses antagônicos. Será nomeado curador apenas nas situações em que o conflito de interesse envolve ambos os genitores, sendo o curador nomeado para representar um assunto específico e não para administrar os bens permanentemente.

1.5 Situações de alteração da autoridade parental

Conforme anteriormente exposto, a autoridade parental caracteriza a função, irrenunciável, indisponível e imprescritível, dos genitores de criar e educar os filhos de maneira ininterrupta até alcançarem a maioridade ou emancipação, objetivando o seu completo desenvolvimento e proteção, não sendo permitida aos pais a renúncia destas responsabilidades em favor de suas conveniências.⁷⁵

Por ser a autoridade parental considerada um *munus* público está sujeita a fiscalização e controle do Estado devendo ser exercida, predominantemente, no interesse dos filhos. Surgindo qualquer incompatibilidade do exercício da autoridade parental por parte de um ou ambos os genitores, mostra-se a possibilidade do magistrado privar seu exercício, de modo temporário ou definitivo. As alterações da autoridade parental oscilam entre: extinção, suspensão e destituição das responsabilidades e deveres parentais, todas previstas no Código Civil, que serão abordadas a seguir.

1.5.1 Extinção da autoridade parental

A autoridade parental é extinta quando ocorre sua interrupção de maneira definitiva, encerrando-se o vínculo jurídico entre pais e filhos, em razão de fatos certos,

⁷⁵ AKAEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 43.

definidos expressamente em lei. A extinção da autoridade parental é a forma menos complexa das modificações deste instituto, verifica-se em decorrência de situações naturais, independem da vontade dos genitores, além de que suas atitudes não concorrem para os eventos que a determinam. Deste modo, ela não detém conotação punitiva, por não ser motivada pelo descumprimento dos deveres parentais de responsabilidade de ambos os genitores, além de ocorrer de maneira automática, não existindo um procedimento a ser seguido.

As hipóteses de extinção são capituladas expressamente em lei e dificilmente encontram-se outras. O art. 1.635 do Código Civil determina as circunstâncias que provocam a extinção da autoridade parental, sendo elas: a morte de ambos os pai ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial que determina perda desta.

É natural que a morte provoque a extinção, haja vista o desaparecimento do sujeito ativo de direito. No entanto, a morte somente extingue a autoridade parental se for de ambos os genitores, o falecimento de um dos pais somente faz descontinuar o encargo quanto ao que falecer, assim, o pai ou a mãe sobrevivente deterá a autoridade parental de maneira exclusiva enquanto viver ou não sobrevir outra causa extintiva. Ocorrendo o falecimento de ambos os genitores e a concorrente extinção da autoridade parental, será nomeado tutor aos filhos, para a proteção dos interesses da criança/adolescente. A morte do filho acarreta a perda do objeto da autoridade parental, visto que está apenas existe se houver filho menor de idade e não emancipado.⁷⁶

A segunda hipótese de extinção diz respeito a emancipação do filho e consiste na aquisição da capacidade de fato antes de alcançar a maioridade civil, enseja a extinção da autoridade parental, uma vez que o filho ainda menor de idade adquire antecipadamente a habilitação para praticar os atos da vida civil. A emancipação poderá advir de maneira voluntária, judicial ou legal, conforme previsão no art. 5º, parágrafo único do Código Civil.

Uma vez concedida a emancipação, por ato de vontade dos pais ou de um deles na falta do outro, torna-se maior o filho, esta é a considerada emancipação voluntária e se concretizará através de instrumento público independentemente de homologação judicial. A emancipação judicial ocorre quando o adolescente que já tenha completado 16 anos de idade, esteja sob tutela, em decorrência da falta dos genitores ou porque estes foram suspensos ou destituídos da autoridade parental, que consistem nas demais hipóteses de alteração deste instituto; a última parte do inciso I, parágrafo único, art. 5º do CC, estabelece a necessidade de sentença judicial concedendo a emancipação nestas situações. Por fim, a emancipação

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 282.

legal ocorrerá nas circunstâncias elencadas nos incisos, II, III, IV e V do dispositivo acima mencionado, pelo casamento; exercício de emprego público efetivo; colação de grau em curso superior; estabelecimento civil ou comercial ou existência de relação de emprego, desde que o filho tenha economia própria.

A terceira situação que leva a extinção da autoridade parental é a maioridade alcançada pelo filho, aos 18 anos, havendo a presunção legal de que o indivíduo não mais necessita da proteção dos pais, reconhecendo a interrupção definitiva da dependência paterna/materna e a formação de sua capacidade plena na órbita da vida civil.

A adoção é a quarta forma de extinção, atribuindo ao filho adotado os mesmos direitos e deveres em relação à filiação biológica, desatando-o terminantemente de qualquer vínculo com os genitores naturais.⁷⁷ Entretanto, a adoção é concedida se os genitores renunciarem à autoridade parental, ou se houver a perda ou extinção declaradas por sentença. A manutenção da autoridade parental com a ascendência biológica é incompatível com a adoção, tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve em seu art. 49 que: "A morte dos adotantes não restabelecem o poder familiar dos pais naturais." Não se autoriza a adoção com a conservação da autoridade parental, sob pena de duas pessoas distintas, sem qualquer ligação conjugal, exercerem simultaneamente as responsabilidades parentais.⁷⁸

As situações de extinção da autoridade parental ocasionadas por decisão judicial estão presentes no art. 1.638 do CC e correspondem a perda das responsabilidades parentais, deste modo, serão abordadas em posterior subtítulo.

1.5.2 Suspensão da autoridade parental

A suspensão impede o exercício da autoridade parental por determinado tempo, podendo ser total ou parcial e está atrelada a prática de determinados atos. A suspensão com relação a um dos genitores concentra o exercício da autoridade parental no outro, salvo a falta deste. A suspensão total priva ambos os pais de todos os direitos que emanam da autoridade parental. Encontram-se presentes graves rupturas dos deveres dos pais para com os filhos, ocasionando em uma restrição imposta judicialmente como medida protetiva aos interesses da

⁷⁷Art. 41, ECA: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."

⁷⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei nº 10.046, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 616.

prole e da convivência familiar, e também como uma punição aos pais por infração ao dever de exercer a autoridade parental de acordo com as exigências legais.

Há, no art. 1.637,CC, regra específica sobre a matéria:

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 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.

A suspensão é um remédio aplicável quando se caracteriza a inidoneidade dos genitores que pela sua conduta prejudicam os filhos, tanto nos interesses patrimoniais quanto pessoais, fazem mal uso de suas funções, descuidam-se da autoridade que exercem, negligenciando ou olvidando-se nos cuidados aos filhos, na sua criação e educação, não lhes proporcionando a devida assistência, dilapidando os seus bens e omitindo-se na gerência de suas economias.⁷⁹

O primeiro motivo que está listado no Código Civil é o abuso de autoridade dos genitores que ocorrerá quando os pais fizerem mau uso ou extrapolarem os direitos que o legislador lhes confia no que se refere a autoridade parental. Tratando do abuso no direito de família, Jones Figueiredo Alves tripartiu o abuso de direito no exercício da autoridade parental: "[...] primacialmente, entre os próprios pais detentores do poder; noutra vertente em face dos filhos; e afinal, diante da comunidade parental."⁸⁰

Assim sendo, haveria abuso da autoridade parental na primeira circunstância, no caso de alienação parental,⁸¹ de exercício competitivo da guarda contra o genitor não guardião. De modo que, em uma só tacada, buscando também o direito dos filhos a convivência com o outro genitor, verifica-se também abuso de direito na segunda hipótese. Situação que também é constatada no desrespeito à individualidade da prole, nos episódios de castigo imoderado, dentre outras. Por último, a terceira vertente caracteriza-se pelo abuso

⁷⁹RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei nº 10.046, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 617.

⁸⁰ALVES, Jones de Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família.In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. **Anais....** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

⁸¹ Art. 2º, Lei n. 12.318/2010: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este."

diante da comunidade parental ou família extensa,⁸² que compõe o círculo afetivo da criança/adolescente.

Outra hipótese de suspensão diz respeito a falta aos deveres pelos pais, por negligência, incapacidade, impossibilidade de seu exercício ou omissão habitual no cumprimento. Os deveres intrínsecos aos genitores são aqueles catalogados na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, próprios do exercício da autoridade parental, já mencionados neste trabalho.

Pontes de Miranda menciona algumas situações que caracterizam falta dos deveres inerentes à autoridade parental, que podem justificar a suspensão: maus tratos que não se encaixem em castigos imoderados, causadores da perda da autoridade parental; restrições prejudiciais, ou privação de alimentos, ou de cuidados indispensáveis, que coloquem em perigo a saúde do filho; exigir da prole serviços excessivos e impróprios, característicos do abuso da autoridade parental; empregar a criança/adolescente em ocupações proibidas ou contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe coloquem em risco a saúde, vida, ou a moralidade; não reivindicar o filho de quem o retenha em seu poder ilegalmente; a desmazela, abuso ou negligência; induzir o filho ao mal, por instigar, favorecer, ou produzir o estado em que se acha, ou possa achar-se o filho, ou de qualquer forma concorrer para sua perversão ou para torná-lo alcoólatra e viciado em drogas; deixar o filho em estado habitual de vadiagem ou mendicância, libertinagem ou criminalidade.⁸³

Ainda que os genitores tenham o dever de sustento dos filhos, a impossibilidade material de atender aos encargos não culmina na suspensão nem tão pouco na perda da autoridade parental, não constituindo a falta ou carência de recursos financeiros, motivo suficiente para tal punição, como infere do art. 23, ECA: "A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder."

Também haverá a suspensão da autoridade parental quando se caracterizar a incapacidade do genitor em gerenciar apropriadamente os interesses econômicos do filho, dilapidando o patrimônio deste. Dependendo das circunstâncias, ao invés de suspender a autoridade parental, o magistrado poderá limitar-se a estabelecer condições específicas as quais os genitores deverão observar, como a nomeação de um profissional para administrar os bens da prole.

⁸² Art. 25, ECA: "Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade."

⁸³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v.8. p. 154.

A suspensão da autoridade parental em face de condenação do genitor cuja pena exceda a 2 anos de prisão, demonstra-se desarrazoada, pois, tal condenação não implica, essencialmente, em privação de liberdade em regime fechado ou semiaberto, visto que o Código Penal prevê o cumprimento da pena igual ou inferior a quatro anos em regime aberto, art. 33, § 2º, c, CP, além disso, há possibilidades de substituição da pena por sanções restritivas de direitos, art. 44, CP. Existe a hipótese das mães ficarem com seus filhos de tenra idade dentro das penitenciárias, o que também não justificaria a suspensão da autoridade parental que visa atender aos interesses da prole.⁸⁴

A Lei n. 12.962/14, provocou a alteração em alguns dispositivos do ECA e o art. 19, § 4º, passou a garantir a convivência dos filhos com as mães e pais privados de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável, mesmo quando os filhos estiverem em acolhimento institucional, sendo que independe de autorização judicial e atendem ao melhor interesse dos filhos. A legislação também institui em seu art. 23, § 2º, que a condenação não implica na destituição da autoridade parental e certamente não acarretará a sua suspensão, exceto nas hipóteses de crime doloso contra o próprio filho.

Como se observa, transparecem graves motivos que culminam na suspensão, todavia, não podem se resumir aos indicados genericamente pela legislação civil. Em outras situações especiais é dada ampla margem de decisão ao magistrado para definir se é causa de suspensão, como na interdição de algum dos genitores em decorrência de embriaguez habitual, dependência tóxica e prática de crimes contra o patrimônio. Por outro lado, para que ocorra a suspensão é indispensável que haja a culpa no procedimento dos pais.

Superados os motivos que ensejaram à suspensão, esta pode ser cancelada sempre que a convivência familiar alcançar os interesses da prole. Além disso, a suspensão da autoridade parental pode ser imposta com referência a apenas um dos filhos e não a todos eles, podendo também abranger somente algumas prerrogativas deste instituto.

1.5.3 Destituição da autoridade parental

A perda da autoridade parental, de maior relevância, ocorre em casos de suma gravidade na infringência dos deveres parentais. Deve-se impor a destituição da autoridade parental por motivos que justifiquem o melhor interesse dos filhos, haja vista que os atos praticados pelos pais podem colocar em risco a segurança e dignidade daqueles. Opera-se por

⁸⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 471.

sentença judicial, como medida imperiosa, visto que representa o reconhecimento do judiciário de que o genitor ou ambos os genitores não estão capacitados para a titularidade das responsabilidades de autoridade.

Conforme pode se depreender do art. 1.638 do Código Civil, as causas que provocam a destituição da autoridade parental são: castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e bons costumes, além da prática reiterada de atos que determinem sua suspensão.

Com relação ao castigo imoderado resultante do abuso da autoridade de corrigir, muito se questionou sobre os limites existentes na conduta dos pais no que tange a disciplina imposta aos filhos. A vedação ao castigo imoderado pela legislação civilista revelava, no mínimo, tolerância para o castigo moderado, a pequena palmada ou o castigo que não ofenda a dignidade do filho eram vistos como parte da construção da personalidade da criança e do adolescente para que aprendam o exercício da convivência que muitas vezes implica em ceder seus próprios desejos em prol do outro.⁸⁵

No entanto, com a publicação da Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo, de n. 13.010, de 26 de junho de 2014,⁸⁶ o dispositivo do Código Civil que permitia o castigo moderado, encontra-se revogado. A legislação provocou alteração em alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente para resguardar o direito dos infantes de serem criados e educados sem o recurso de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante, buscando a coibição de violência por parte de quem deve protegê-los.

Deste modo, estão sujeitos as penalidades legais quaisquer pessoas incumbidas de educar, cuidar e proteger criança ou adolescente, podendo ser os pais ou responsáveis, membros da família extensa e agentes públicos executores de medidas socioeducativas. A legislação prevê cinco medidas a ser impostas aos transgressores que vão desde o encaminhamento dos responsáveis a programa de proteção à família, a determinação de tratamento psicológico ou psiquiátrico, até simples advertência. Podendo também ocorrer o encaminhamento da criança/adolescente para tratamento especializado.⁸⁷

O abandono do filho também leva à destituição da autoridade parental, devendo este ato ser intencional e demonstrada a falta de interesse e descaso do genitor pelo filho, seja

⁸⁵TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: _____; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 214-215.

⁸⁶A legislação acrescentou os arts. 18A e 18B ao ECA, sendo que estes foram transcritos nas notas de rodapé n. 62 e 63.

⁸⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 475.

no aspecto material, afetivo ou intelectual. Esta situação se perfaz quando um dos genitores abandona o lar, deixando inteiramente de prestar assistência aos filhos, que vai desde alimentação, educação, cuidados com a saúde até mesmo afeto, deixando a criança/adolescente à própria sorte. Por outro lado, não será configurado o abandono com a saída de um dos pais do lar familiar em decorrência de desentendimento conjugal desde que este continue prestando a assistência necessária à prole.

A privação do exercício da autoridade parental deve ser vista como última alternativa, quando não restar qualquer possibilidade de recomposição familiar que se faz necessária com auxílio de estudo psicossocial. O abandono do filho não pode ser considerado causa automática de destituição da autoridade parental, pois seria muito mais um prêmio para o genitor negligente do que propriamente uma punição, além de que, resultaria mais problemas que solução para os filhos que já tiveram sua integridade psíquica violada.

A prática de atos contrários a moral e aos bons costumes também enseja a perda da autoridade parental, visto que os pais são responsáveis pela formação da personalidade dos filhos. No lar, eles conhecerão os princípios que guiarão seu futuro, como a dignidade pessoal, a honestidade, a correção de conduta, o respeito pelo próximo, dentre outros valores. É certo que os atos imorais ou indignos dos genitores, as práticas delinquentiais, a falta de pudor, a libertinagem, são contrários à formação da prole que ainda não atingiu a maturidade e não detém conhecimento de certos assuntos para compreender e saber posicionar-se frente aos mesmos.⁸⁸

A moral e os bons costumes devem ser aferidos de maneira objetiva, segundo padrões valorativos predominantes na sociedade, no tempo e espaço, abarcando as condutas consideradas ilícitas pelo direito. Assim, não podem predominar os juízos de valores subjetivos do magistrado sob pena de constituírem abuso de autoridade. Em qualquer situação, o que se deve buscar é o melhor interesse dos filhos.

A prática reiterada de atos ensejadores da suspensão da autoridade parental também provocará a perda desta. A determinação legal visa obstar que os genitores abusem na repetição de conduta que pode provocar, isoladamente, somente a pena mais branda de suspensão do exercício do encargo em epígrafe. O dispositivo legal amplia a proteção da criança/adolescente ao não permitir a repetição de atos que, avulsos podem não ser graves, mas, se cometidos repetidamente, podem ser extremamente nocivos ao desenvolvimento sadio e a educação da prole.

⁸⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei nº 10.046, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 621.

Também perde a autoridade parental o pai/mãe que for condenado, seja como autor, seja como coautor, por crime ou delito cometido sobre a pessoa do filho, ou ainda, quando o crime for cometido pelo filho com o conhecimento e consentimento dos genitores, conforme art. 92, II, do Código Penal. A destituição da autoridade parental nestas situações é considerada efeito secundário da condenação criminal, por ser o ato praticado incompatível com o exercício das responsabilidades parentais pelo genitor. Por força do art. 93, parágrafo único, CP, está vedado o reestabelecimento da autoridade parental em relação ao filho contra o qual o crime tenha sido cometido.

Por fim, não constitui causa de perda da autoridade parental o novo casamento ou a nova união estável de qualquer dos cônjuges ou companheiros. A autoridade parental de cada qual existente antes da nova união familiar permanece invariável. Encontram-se nesta mesma situação o pai ou a mãe solteiros, seja pelo não reconhecimento da filiação pelo outro genitor, seja em decorrência de adoção monoparental ou até mesmo reprodução humana assistida, que se casarem ou estabelecerem união estável posteriormente à constituição da filiação.

Deste modo permanece pleno o exercício da autoridade parental, embora haja uma repreensão quanto à interferência do novo cônjuge ou companheiro. Esta imposição decorre do art. 1.636 do Código Civil:

O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do outro cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que se casarem ou estabelecerem união estável.

Tal dispositivo legal buscou evitar as intromissões impertinentes e nocivas que possam prejudicar o relacionamento, a formação e o ambiente familiar do pai ou da mãe com o filho. Assim, não cabe ao novo consorte do genitor envolver-se em situações que se referem ao exercício da autoridade parental, a menos que seja de maneira positiva, buscando acrescentar novos valores na criação e educação dos filhos do cônjuge/companheiro. Destacando a possibilidade de adoção multiparental por parte dos novos consortes, hipótese que atribuirá a autoridade parental para todos os genitores constantes da certidão registral.

Com relação à filiação constituída pela monoparentalidade, o cônjuge ou companheiro do genitor não detém nenhum direito sobre os filhos de seu consorte, nascidos anteriormente, salvo se dispuserem a adotá-los, medida que se dará judicialmente.

1.5.4 Os efeitos e procedimentos das alterações da autoridade parental

Segundo Arnaldo Rizzardo, a perda da autoridade parental em relação a um filho se estende aos demais,⁸⁹ pois se um ou ambos os genitores não mostram condições para exercer o *múnus* relativo a um filho é cristalino que não tenham capacidade quanto aos demais. Ainda com relação aos filhos advindos de uma segunda relação conjugal, caso o crime cometido pelo genitor em comum envolva ato de indignidade, como degradação moral, ou atentado aos costumes de um filho, ou incitamento pra a prática de crimes, não se mostra coerente manter a autoridade parental relativa aos filhos da segunda união.

A perda da autoridade parental decorrente de decisão judicial, art. 1.638, CC, acarreta a extinção daquele instituto, art. 1.635, V, CC, correspondendo ao seu extermínio de maneira definitiva.⁹⁰

Entretanto, parte da doutrina⁹¹ julga ser revogável a medida de destituição da autoridade parental, não devendo esta culminar na extinção com sentido de afastamento definitivo ou impossibilidade permanente, admitindo o restabelecimento do exercício do encargo, quando desaparecido o motivo pelo qual se determinou a perda ou devidamente comprovada a regeneração do pai/mãe faltosos.

Vale destacar, que o direito aos alimentos, em favor do filho criança/adolescente, não desaparece com a declaração de suspensão ou destituição da autoridade parental. Destarte, continuará o genitor a atender as necessidades materiais da prole, que deverá ser fixada com razoabilidade, atenta às necessidades dos filhos e às possibilidades do genitor suspenso ou destituído. No mais, o filho permanece com direito à herança do genitor destituído, já este não conservará o direito sucessório com relação ao filho.

Tanto a perda quanto a suspensão da autoridade parental necessitam de processo judicial contraditório, art. 24, ECA. As ações podem ser propostas por um dos pais contra o outro, ou pelo Ministério Público (MP) que detém legitimidade para tal ato, art. 201, III, ECA, podendo conduzir a ação contra ambos ou somente um dos genitores, sendo que nestas hipóteses não haverá a necessidade de nomear curador especial à criança/adolescente.

O art. 155, ECA, estabelece a legitimidade de qualquer parente para propor a ação, haja vista que estes também possuem legítimo interesse no bem estar das

⁸⁹RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei nº 10.046, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 622.

⁹⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 474.

⁹¹GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 293; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 242.

crianças/adolescentes a eles ligados pelos vínculos de familiaridade. No mais, é considerada atribuição do Conselho Tutelar, a representação ao Ministério Público para o efeito das ações de destituição ou suspensão da autoridade parental, art. 136, XI, ECA, já que não foi assegurada àquele órgão, a legitimação para propor estas ações.

Quanto ao juízo competente, Maria Berenice Dias defende ser necessário ater-se à situação em que se encontra a criança/adolescente. Assim sendo, ainda que seja requerida a exclusão da autoridade parental, estando os filhos na companhia de algum familiar, a competência será da Vara das Famílias. Contudo, caso a prole encontre-se em situação de risco, art. 98, ECA, mesmo na companhia de pessoa da sua família, a ação deverá ser proposta nas Varas da Infância e Juventude, conforme prevê o art. 148, parágrafo único do ECA.⁹²

O juiz deverá de ofício, a requerimento das partes ou do Ministério Público, requisitar a realização de estudo psicossocial e oitiva de testemunhas, art. 161, § 1º, ECA. O processo deverá ser concluído dentro de 120 dias, art. 163, ECA, cabendo investigação disciplinar do magistrado que conduzir ação de destituição da autoridade parental sem conclusão há mais de 12 meses, conforme provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de número 36/14.⁹³

A sentença que determinar a perda da autoridade parental com relação a um ou ambos os genitores, estará sujeita ao recurso de apelação a ser recebido somente no efeito devolutivo, devendo ser cumprida de imediato, sob o risco de prejudicar os interesses da prole.

No decorrer da tramitação da ação de destituição, os filhos permanecem acolhidos em instituições ou são inseridos em famílias de apoio. Embora exista previsão legal quanto a curta duração do processo, sabe-se que infelizmente esta não é a realidade. Busca-se de maneira exaustiva, e muitas vezes injustificada, a manutenção do vínculo familiar. Desta feita, a omissão do Poder Estatal e a retardamento da justiça transformam as instituições em depósitos de crianças/adolescentes rejeitados, causando-lhes profundos transtornos psicoemocionais e de comportamento. A morosidade da justiça em conceder a destituição da autoridade parental e o rápido encaminhamento da criança para adoção dá ensejo à condenação de indenização por dano moral contra o Estado, em decorrência da perda da chance de ser adotada.

⁹²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 476.

⁹³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 36, de 24 de abril de 2014. Dispõe sobre a estrutura e procedimentos das Varas da Infância e Juventude. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 abr. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/provimento_36.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016.

CAPÍTULO 2 PROTEÇÃO DOS FILHOS

2.1 Doutrina da proteção integral

A base da consagração pela Constituição Federal de 88 acerca dos novos parâmetros para o tratamento das crianças e dos adolescentes advém da chamada "Doutrina da Proteção Integral", que indica que estes devem ser protegidos em quaisquer situações, além de assegurar seus direitos e reconhecer suas prerrogativas. A proteção à infância está prevista de maneira expressa dentre os direitos fundamentais sociais, constantes do art. 6º da CF,¹ bem como em seu art. 227, *caput*² e art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.³ No mais, o art. 4º do ECA enfatiza que o suporte às crianças/adolescentes constitui dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e inclusive do Poder Público, devendo ser priorizada a efetivação dos direitos essenciais 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.⁴

Analisando a proteção integral, Francismar Lamenza considera que:

Compreende-se, em se tratando de proteção integral, todas as iniciativas por parte da família, da sociedade e do próprio Estado (...) no sentido de garantir à criança e ao adolescente um ambiente propício a seu regular e peculiar desenvolvimento. O paradigma da proteção integral dos infantes e jovens é estabelecido numa tomada de atitudes positivas, amplas e irrestritas por todos os envolvidos nesse processo ligado intimamente à vida das crianças e dos adolescentes, de modo que não excluam quaisquer gestos tendentes a assegurar seus direitos fundamentais.⁵

As crianças e adolescentes encontram-se em processo físico e psíquico de desenvolvimento. Trata-se de um período de amadurecimento desses infantes, de escolhas e de traçar os caminhos a serem percorridos na vida.

¹ Art. 6º, CF: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

² Art. 227, CF: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

³ Art. 1º, ECA: "Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente."

⁴ OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 319.

⁵ LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado**. São Paulo: Manole, 2011. p. 20.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a proteção integral da criança e do adolescente encontra estreita concordância com a cláusula de tutela da pessoa humana:

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.⁶

Em razão desta condição peculiar de crescimento e construção de sua personalidade, velar pela proteção dos seus direitos fundamentais, deixa de ser um dever apenas dos genitores ou do grupo familiar em que está inserido, passando a se tornar um dever social tratá-los com absoluta primazia, buscando protegê-los neste momento de vulnerabilidade.

Além dos dispositivos presentes na legislação brasileira a respeito da proteção integral, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 também mostrou-se pioneira nesta questão, podendo ser considerada um dos documentos mais importantes na seara da infância, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/90, momento em que o direito da criança e do adolescente passou a se orientar, no ordenamento jurídico brasileiro, pela doutrina da proteção integral, englobando todas as crianças e não apenas aquelas que se encontram em situação irregular, ao determinar em seu art. 3º a aplicação do princípio basilar do melhor interesse, não apenas pelas famílias, mas sim por todas as instituições públicas e privadas, assegurando às crianças e aos adolescentes as condições de um desenvolvimento saudável, mediante a livre manifestação dos seus direitos, opiniões e desejos, para que se integrem dentro do seu universo comunitário.

Questão que se demonstra interessante foi a tentativa da legislação de não empregar mais a expressão "menor", que leva a uma conotação de menosprezo. De tal modo, optou-se pelos termos "criança", "adolescente", "infante", entre outras. No mais, o antigo Código de Menores de 1979⁷ cedeu espaço ao Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, acarretando a troca de locuções também no referente à Justiça de Menores para Justiça da Infância e da Juventude. Entretanto, mesmo diante das conquistas atinentes à proteção da criança/adolescente, a denominação menor continua sendo utilizada, inclusive no Código

⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 130.

⁷ BRASIL. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Civil brasileiro de 2002, posterior à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1.1 O melhor interesse das crianças e dos adolescentes

Com os novos contornos assumidos pela família contemporânea, a criança/adolescente deixa de ser um simples elemento para conquistar destaque especial em razão da sua frágil condição, necessitando de apoio e de alguém que o guie ao exercício de sua autonomia.⁸ Nesta situação, apresenta-se o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, garantidor da efetivação dos direitos fundamentais destes, tratando-se de uma franca materialização da teoria da proteção integral.

O princípio do melhor interesse da criança teve sua origem no instituto inglês *parens patriae*, cuja finalidade era a proteção de pessoas incapazes, assim como de seu patrimônio. No começo do século XVIII, ocorreu uma repartição no *parens patriae* entre proteção infantil e proteção dos dementes, destacando que ao se exercer o *parens patriae* com relação a criança/adolescente, o que deveria ser levado em consideração, eram sempre os interesses destes.⁹

Mais à frente, o instituto evoluiu para o *best interest of child*, sendo este unanimemente traduzido, no Brasil, como princípio do "melhor interesse da criança", ainda que possa deparar-se com as expressões, "melhor interesse existencial da criança"¹⁰, ou, ainda, "maior interesse da criança", em decorrência do Decreto n. 99.710/90, que trouxe como tradução a versão oficial do princípio, a expressão "o interesse maior da criança". Fato no mínimo curioso, que não deve ser levado em conta, pois esta não é a tradução literal, muito menos o que se objetiva com a convenção que trabalha com um conceito qualitativo e não quantitativo de proteção à criança.

O princípio do “melhor interesse da criança/adolescente” deve nortear toda política voltada para a infância e juventude, devendo ser considerado desde o momento da elaboração das leis até a execução destas. Deve-se recorrer a este princípio sempre que os interesses da criança colidam com os de terceira pessoa ou ainda, em casos de colisão entre

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 127.

⁹ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsicato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no Direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 25.

¹⁰ Art. 103, parágrafo único, PL nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias): "Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, salvo se não atender ao melhor interesse existencial da criança."

dois ou mais interesses fundamentais dos infantes. Assim, nos casos de conflitos em que há diversos direitos a serem considerados, surge esse princípio como instrumento de auxílio nas decisões, sejam elas tomadas pelos pais ou pelo Poder Judiciário.

Quanto ao conceito do "melhor interesse das crianças", falta uma definição exata e objetiva, assim como as relações familiares não cabem dentro de regras fixas, os critérios determinadores deste princípio não poderiam estar declarados de maneira expressa em legislação, sob pena de ir contra o próprio princípio, visto que apenas ao analisar toda a diversidade de fatores que estão a atuar em casos específicos é que se permitirá alcançar o melhor interesse naquela situação. Com isso, a carência de determinação do princípio deve ser vista com bons olhos, pois, torna possível a sua utilização nas mais variadas situações.

Conquanto o conceito examinado seja vago e flexível, seu núcleo conceitual deve ser completado por valorações objetivas, ligadas à estabilidade de condições de vida, aos vínculos afetivos e espaço físico e social a que a criança/adolescente estão vinculados. Para a psicanalista, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Giselle Groeninga, o “melhor interesse das crianças” é de receber proteção da sociedade e dos genitores, e que estes se compreendam e colaborem de maneira recíproca, a fim de entender as prioridades daquelas.¹¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a princípio, determina o que sejam as prioridades da infância e juventude em seu 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A fim de ilustrar uma das prioridades concedidas às crianças e aos adolescentes, imagina-se um acidente envolvendo um ou ambos genitores e filho, sendo ambos levados ao mesmo hospital para atendimento. Caso a situação clínica de todos seja semelhante, será a criança atendida em primeiro lugar. Se o quadro do genitor/a for mais grave, não restando

¹¹GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 72, 2001.

prejuízos para a saúde da criança se houver demora no tratamento, serão mãe/pai atendidos de antemão.

Conclui-se que, na prática, na análise dos casos concretos envolvendo crianças e adolescentes, bem como ainda na elaboração da legislação ou na formação de políticas públicas, o melhor interesse deve ser atendido. Como princípio, permeia todo o ordenamento jurídico, como regra de interpretação, na apreciação e decisão dos casos concretos pelo judiciário, como direito fundamental, a ser aplicado imediatamente. Não se trata de simples recomendação ética, mas orientação determinante nas relações que envolvem as crianças e adolescentes juntamente com seus genitores, familiares, a sociedade e o Estado.¹²

O Código Civil/2002 criou um capítulo próprio para tratar da proteção da pessoa dos filhos, arts. 1.583 a 1.580, nas situações de separação/divórcio dos genitores, instituindo regras de convivência parental que se efetivarão de acordo com as modalidades de guarda existentes, devendo estas ser fixadas a fim de bem atender ao melhor interesse dos filhos.

Para Eduardo de Oliveira Leite:

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus pais, mas, se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.¹³

Sabe-se que o melhor interesse dos filhos deve ser respeitado em todos os momentos de suas vidas, e não apenas quando ocorre a ruptura das relações conjugais, entretanto, vale ressaltar que é exatamente nestas situações que se busca o efetivo cumprimento deste princípio, justamente pelo fato de que a ruptura diz respeito apenas a conjugalidade e jamais à parentalidade.

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 197.

2.1.2 Princípio da parentalidade responsável

A legislação constitucional assegura a livre decisão do casal no tocante ao planejamento familiar, conforme art. 226, §7º, CF;¹⁴ devendo-se observar os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Entretanto a expressão paternidade responsável não parece ser a mais adequada, havendo um descuido do constituinte brasileiro ao realizar a tradução da expressão inglesa "*parental responsibility*"¹⁵ que tem o significado de responsabilidade parental e não responsabilidade paternal, como sugere a tradução brasileira, fazendo parecer que a maternidade pode ser irresponsável, ou que apenas a paternidade tem importância.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama encontra os fundamentos para o uso uniparental da expressão, baseando-se no fato de que o não reconhecimento paterno e a falta de responsabilidades do homem nas relações paterno-filiais, que contribuíram para a formação das famílias monoparentais em sua grande maioria constituída pelas mães e seus filhos, sem a participação do pai.¹⁶ Em sua essência, a autoridade parental é bilateral, contudo, se torna inevitavelmente unilateral na medida em que a família monoparental é dirigida unicamente pela mãe ou pelo pai, fomentando o desinteresse do outro genitor, ou até mesmo o desconhecimento, por parte do genitor, da existência da prole.¹⁷

Giselle Groeninga, explica que o termo parentalidade é de origem psicanalítica, fruto da evolução no entendimento das funções na entidade familiar. Refere-se justamente ao casal parental, ou seja, as figuras materna e paterna, em uma relação em que as funções relativas a educação e cuidados com a prole, são complementares.¹⁸

Desta feita, a definição de uma responsabilidade conjunta dos genitores, certamente expressa melhor o significado de "parentalidade responsável", que revela a

¹⁴ Art. 226, §7º, CF: "[...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...]."

¹⁵ A legislação inglesa denominada "*Children Act 1989*", substituiu a expressão "*custody*", por "*parental responsibility*", por destacar que os pais têm mais responsabilidade, e não direitos sobre os filhos. BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 93.

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. (Org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 932.

¹⁷ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 84.

¹⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 153-154.

assunção das obrigações parentais, intrínsecas a ambos os pais, devendo priorizar o bem estar físico, psicológico e afetivo da prole, atendendo sempre os interesses destes.¹⁹

Uma das características da parentalidade é a sua vitaliciedade, embora seja importante a permanência da responsabilidade parental especialmente nas fases mais importantes de desenvolvimento e formação da personalidade das crianças e dos adolescentes, ela ainda se perdura pela fase adulta dos filhos, que sempre necessitam de afeto e carinho. No mais, o princípio da solidariedade familiar,²⁰ também permite que os filhos adultos pleiteiem alimentos aos genitores, quando se fizer necessário, destacando ainda a possibilidade de os pais também requererem a verba alimentar, caso necessitem, além de amparo e cuidados na velhice.

A responsabilidade parental, cuida-se assim de verdadeiro princípio, devendo dirigir o tratamento da filiação e das relações paterno/materno-filiais. Surgiu em meio ao preceito constitucional da igualdade, que estabelece as mesmas consequências jurídicas para todos os filhos e todos os pais, independente de os genitores conviverem conjugalmente ou não. Destarte, a responsabilidade parental mostra-se associada aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, dentro de uma perspectiva mais afetiva e social do que meramente biológica.

Com as transformações enfrentadas pela sociedade e o seu amoldamento pelas reformas legislativas, deixou-se de predominar o modelo tradicional de família patriarcal e, surgiram novas realidades familiares, nas quais os filhos estão envolvidos e ganharam destaque e proteção:

Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre os genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade e Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao fundamento de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta.²¹

¹⁹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 151.

²⁰ Art. 3º, I, CF: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]."

²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130.

Por estarem os filhos crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, faz-se necessário o atendimento das suas necessidades e a promoção da defesa de seus direitos, que não podem ser exercidos pessoalmente. Assim, por encontrarem-se em risco os direitos superiores dos filhos, diante de todas as questões que, de alguma maneira, o afetem de forma direta ou não, a responsabilidade parental é revestida de muito mais deveres do que direitos.

Neste contexto, o princípio da igualdade permitiu o surgimento de um novel panorama jurídico de um Direito de Família bem mais próximo de um ideal de equilíbrio das funções parentais.²² A responsabilidade dos genitores em relação à prole se concretiza com o exercício da autoridade parental, que, por sua vez, se constitui com um conjunto de deveres e direitos que os pais precisam cumprir para a proteção, desenvolvimento e integral formação da prole, lembrando que os deveres se sobrepõem. Em decorrência de ser uma responsabilidade constitucional dos pais, estes se mantêm vinculados a esta obrigação, que muitas vezes permanece mesmo quando há a destituição da autoridade parental, continuando com o dever de sustento dos filhos.

Desta feita, a autoridade dos genitores deve ser vista sob a ótica dos direitos fundamentais dos filhos, que detém o direito de conviver com seus genitores e de receberem os seus cuidados, e em caso de os pais não cumprirem com estas obrigações, tem o Estado o dever de zelar pelo cumprimento e correta aplicação da legislação protetiva à criança e ao adolescente.

2.2 Instituto da guarda e direito de convivência

De maneira genérica, o significado da palavra "guarda" é utilizado para demonstrar ato ou efeito de proteção, observância, vigilância ou segurança.²³ Tais acepções também são empregadas pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que nestes Institutos o vocábulo guarda está intimamente relacionado a autoridade parental, conferindo aos genitores caráter de posse do filho menor de idade.²⁴

Com relação a guarda de filhos, prevalece um direito/dever natural, que origina-se da paternidade/maternidade, partindo de um pressuposto de convivência com a prole, o que

²² MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

²³ SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 365-366.

²⁴ Art. 1.634, II, CC: "Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [...]."

torna possível o exercício de todas as funções parentais elencadas pelo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta forma de guarda que nasce de maneira natural com a parentalidade, sem intervenção judicial é conhecida por guarda originária ou comum, exercida de maneira igualitária pelos pais na constância do relacionamento conjugal, independente de casamento ou reconhecimento de união estável, bastando que haja uma união de fato, haja vista que esta guarda é de origem natural e surge com o estado de filiação.²⁵

Em decorrência das transformações enfrentadas pela sociedade, torna-se cada vez mais corriqueiro a dissolução das sociedades conjugais, entretanto esta ruptura entre os cônjuges não pode comprometer a continuidade e a essência dos vínculos de parentalidade, pois sequer ocorre a extinção da autoridade parental exercida conjuntamente pelos genitores, devendo ser desempenhada de maneira coordenada e harmoniosa entre os pais, não provocando alteração no grau de afeto, devoção, comprometimento e cuidado destes para com a prole.

No entanto, é fato que, diante da cessação da convivência dos pais, existirá alteração no que se refere ao exercício da autoridade parental, provocando uma fragmentação de um dos componentes deste instituto. É justamente neste momento que surge a necessidade da aplicação judicial da guarda de filhos, inclusive com respaldo legal da Constituição Federal que em seu art. 229, assegura a toda criança o direito de ter um guardião para protegê-la.

Vale ressaltar que o vocábulo “guarda” sente o efeito provocado pelo instituto do pátrio poder, em que o filho era tratado como objeto de domínio do *pater*, a ideia de ato de vigilância, de sentinela, mais se relaciona à noção da preocupação e de observância do proprietário de um objeto guardado, o que não condiz com a consideração de que as relações paterno/materno-filiais devem ser norteadas pelo diálogo e participação mútua na educação e desenvolvimento da personalidade da criança/adolescente, como observa o Código Civil brasileiro.

Neste sentido, a doutrina contemporânea, em especial o IBDFAM, defende a necessária adequação da expressão “convivência familiar” em substituição ao termo “guarda” que pode causar falsa impressão de “disputa” por um objeto, o que não apresenta uma compatibilidade com os avanços sociais que devem ser orientados sempre pela busca do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, independentemente do modelo de guarda escolhido ou imposto, os filhos deverão ter resguardado o direito de convivência com ambos os genitores.

²⁵MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

Em decorrência deste posicionamento, o Estatuto das Famílias, que está em trâmite de aprovação no Senado, provoca a substituição da palavra “guarda” por “convivência familiar”, criando então, um capítulo que tratará dos deveres e direitos inerentes aos pais sempre com a intenção de resguardar a convivência ampliada destes com a prole.

A expressão “convivência familiar” também é utilizada para referir-se ao direito de visitas concedido àquele genitor que não detém a guarda física do filho. Nestas situações o relacionamento entre o progenitor não guardião e a prole deve ser preservado, mesmo quando estes não vivem sob o mesmo teto. Objetivando-se a consagração do princípio da proteção integral em vez de regulamentar as visitas, faz-se necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.²⁶

Neste sentido, seguem os ensinamentos da ilustre Maria Berenice Dias:

Escassa, para não dizer inexistente, é a regulamentação do direito de convivência no Código Civil - que todos insistem em chamar de **direito de visitas**, expressão de todo inadequada, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. A locução **de visitas** evoca uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização.²⁷

Vale ressaltar que o direito de convivência não é assegurado apenas aos genitores, trata-se de direito do próprio filho de com eles conviver, inserido dentre os direitos da personalidade. É direito da criança/adolescente manter contato com o genitor com o qual não convive diariamente, tornando-se dever dos pais a concretização deste direito.

Embora a guarda deve ser aplicada sempre observando o melhor interesse e a proteção dos filhos, na trajetória do instituto da guarda, nem sempre estes interesses foram observados.

2.2.1 Visão histórica no Direito pátrio

O instituto da guarda de filhos enfrentou grandes transformações ao longo dos anos no ordenamento jurídico brasileiro. Em 1890, foi decretada a primeira regra sobre o destino dos filhos cujos pais não mais conviviam, através do Decreto n. 181,²⁸ em seu art. 90,

²⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 532.

²⁷ Ibid. (grifo do autor).

²⁸BRASIL. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Coleções das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: jun. 2016.

estabeleceu-se que a sentença que determinasse o divórcio deveria determinar a entrega dos filhos comuns e menores de idade ao cônjuge considerado inocente, além de fixar a cota com que o culpado deveria colaborar para a educação da prole. Caso fosse a mulher inocente e pobre, caberia ao ex-marido as despesas com os filhos e uma contribuição para a sustentação da mulher.²⁹

Era nitidamente repressivo e sancionador o critério legal para a definição da guarda. Identificava-se o cônjuge culpado pelo divórcio, e este era proibido de ficar com a guarda dos filhos, que eram entregues como prêmio ao cônjuge inocente, castigando-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole.³⁰

Com a promulgação do Código Civil de 1916, ocorreram alterações nas situações de dissolução da sociedade conjugal amigável e judicial, assim o art. 325 estabelecia que, havendo desquite amigável, seria observado o acordo estabelecido entre os cônjuges com relação a guarda dos filhos comuns. De modo distinto, caso o desquite fosse judicial, o art. 326, previa a fixação conforme a culpa de um ou de ambos os consortes pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos. Assim, havendo cônjuge inocente, este ficaria com os filhos menores de idade; se ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores de idade e os filhos até seis anos, após esta idade seriam entregues ao pai. Em quaisquer destas circunstâncias, havendo motivos graves, o magistrado poderia regular de modo diferente o exercício da guarda.³¹ Tais regras, extremamente conservadoras, preocupavam-se apenas com o comportamento dos pais, deixando de dar prioridade aos direitos dos filhos.

Mais adiante, o Decreto-lei n. 3.200³² de 19 de abril de 1941, pelo art. 16, disciplinou a guarda do filho natural, definindo que a custódia fosse conferida ao genitor reconhecente e caso ambos os pais reconhecessem a paternidade/maternidade, a guarda seria dada ao pai, podendo o juiz decidir de modo distinto, buscando o interesse dos filhos. Após alguns anos, este artigo foi alterado pela Lei n. 5.582/70,³³ acrescentando-lhe parágrafos, dispondo que, com o reconhecimento mútuo dos genitores, o filho natural seria entregue aos cuidados da mãe.

²⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 50.

³⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 518.

³¹GRISARD FILHO, op. cit. p. 50-51.

³²BRASIL. Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: jun. 2016.

³³Id. Lei n. 5.582, de 16 de junho de 1970. Altera o art. 16 do Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jun. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5582.htm>. Acesso em: jun. 2016.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62,³⁴ provocou alterações no desquite judicial, conservando o disposto sobre o desquite amigável no tocante à guarda dos filhos menores de idade. Com as modificações, os fatores de sexo e idade dos filhos deixaram de ser decisivos, no entanto, a verificação de inocência dos consortes manteve-se em vigor. Deste modo, o art. 326 do CC/16 conservou o direito do cônjuge inocente de permanecer com a guarda dos filhos; já no caso de culpa mútua, a prole ficaria com a mãe independentemente da idade e sexo dos filhos. Constatando que a prole não deveria ficar sob a guarda da mãe nem do pai, o juiz encontrava-se autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, sendo assegurado aos genitores o direito de visitação.

A Legislação do Divórcio, n. 6.515 de 1977,³⁵ igualmente privilegiava o cônjuge inocente que permanecia com a guarda dos filhos nas situações de divórcio litigioso. Porém, tratando-se de divórcio consensual, a nova lei resguardava aos cônjuges o direito de concordarem sobre a guarda dos filhos. Sendo ambos os pais culpados pelo divórcio, era definido que a prole permaneceria em poder da genitora, exceto, se o magistrado verificasse que tal medida poderia incorrer em prejuízos de ordem moral para os filhos. O art. 11 desta mesma legislação, estipulava que estando o casal separado de fato há mais de 5 anos,³⁶ os filhos continuariam com o genitor cuja companhia estavam durante o período de desligamento da vida em comum; já na separa o cujo motivo era grave doenç a mental, manifestada após o casamento, tornando impossível a continua o da conjugalidade,³⁷ o juiz estabelecia a guarda em favor do cônjuge que estivesse em condições de se responsabilizar pela cria o e educa o dos filhos.

A Lei do Divórcio também conferiu ao juiz, através de seu art. 13,³⁸ autoridade para decidir de maneira diferente as regras ordinárias sobre guarda, afastando-as a bem dos filhos e sempre que houvesse motivo grave. Contudo, está faculdade inerente aos magistrados

³⁴BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situa o jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: jun. 2016.

³⁵Id. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolu o da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: jun. 2016.

³⁶Lei do Divórcio. Art. 5 ,  1 : "A separa o judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave viola o dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.   1  A separa o judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstitu o. (Reda o dada pela Lei n  8.408, de 1992)."

³⁷Lei do Divórcio. Art. 5 ,  2 : "O cônjuge pode ainda pedir a separa o judicial quando o outro estiver acometido de grave doenç a mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continua o da vida em comum, desde que, após uma dura o de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável."

³⁸Lei do Divórcio. Art. 13: "Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situa o deles com os pais."

nunca foi bem utilizada. Em verdade, a busca pelos interesses da criança e do adolescente deveria se sobrepor a tudo e servir de guia à execução das demais regras, inclusive cabendo a aplicação da guarda conjunta em benefício dos filhos, mesmo com falta de previsão legal àquela época.

Nas legislações subsequentes, o centro das questões envolvendo a disputa de guarda de filhos, por fim, passou a ser o melhor interesse da criança/adolescente. Através da Constituição Federal de 1988, pelo seu art. 227, estabeleceu-se com absoluta primazia o dever da família e também da sociedade e do Estado, de garantir à criança e ao adolescente os seus direitos fundamentais, assim como o direito a convivência familiar comunitária, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990, em decorrência da intervenção estatal nas relações privadas e com o intuito de resguardar os direitos fundamentais dos infantes.³⁹ A CF, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmo direitos e deveres concernentes a vida conjugal, proibiu discriminações, causando importantes reflexos na autoridade parental.

O Código Civil de 2002 inovou ao desconsiderar a culpa do cônjuge na separação como motivo para fixação da guarda de filhos, nem a predominância da mãe como guardiã nas situações de culpa recíproca, como previstos em legislação anterior. Deste modo, a guarda passou a ser determinada àquele genitor que demonstrava melhores condições para exercê-la, conforme o texto do art. 1.584, CC,⁴⁰ antes da alteração provocada pela guarda compartilhada obrigatória.

Uma novidade apresentada pelo CC/02, foi com relação à fixação da guarda dos filhos em sede de medida cautelar de separação de corpos, conforme art. 1.585.⁴¹ Já o art. 1.588, CC,⁴² garante ao pai/mãe que contrair novas núpcias o direito de ter consigo os filhos do leito anterior.

³⁹MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p.61.

⁴⁰Art. 1.584, CC, antes da guarda compartilhada obrigatória: "Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afetividade, de acordo com o disposto na lei específica."

⁴¹Art. 1.585, CC: "Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)."

⁴²Art. 1.588, CC: "O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente."

Dessa forma, o legislador civil reconhece que, em todas as demandas sobre guarda de filhos, deve prevalecer a doutrina da proteção integral da criança/adolescente, buscando sempre o melhor interesse destes. Neste contexto, a guarda exclusiva começa a ceder espaço a outras modalidades, surgindo assim, a guarda compartilhada, que possibilita aos genitores o exercício pleno da autoridade parental em igualdade de condições.

Acerca das alterações sofridas pelo CC que acarretaram na incorporação da guarda conjunta ao Direito pátrio, serão abordados mais à frente.

2.2.2 A guarda conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente

No Direito brasileiro, a guarda de filhos menores de idade advém de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas que utilizam, no entanto, a mesma denominação: a primeira delas é decorrente do rompimento da conjugalidade entre os genitores e a segunda decorre do Estatuto da Criança e do Adolescente. Muito embora o Código Civil e o ECA façam uso da mesma nomenclatura e, apesar dos dois textos normativos ansiarem pela proteção integral do infante, há uma distinção entre a guarda dos dois diplomas.

Na legislação civil, os filhos ficam na companhia dos seus genitores, como ocorre na guarda conjunta, ou na posse de apenas um deles, conforme a guarda unilateral, sendo reservado ao genitor não guardião o direito de visitas e fiscalização. Lembrando que nestas situações a autoridade parental permanece mútua, ou seja, ambos os genitores detêm a sua titularidade.

Conforme dispõe o art. 19 do ECA,⁴³ a criança e o adolescente têm direito a ser criados e educados no seio da sua família natural e, de modo excepcional, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em um ambiente livre da presença de pessoas dependentes químicas. Neste sentido, o art. 28 do ECA,⁴⁴ apresenta a guarda como uma das modalidades legalmente previstas ao lado da tutela e da adoção, para a colocação da família de apoio.⁴⁵ Assim, a guarda mostra-se substituta, pois é conferida a terceiros em razão da impossibilidade do filho de conviver com qualquer um dos genitores, seja porque estes

⁴³Art. 19, ECA: "É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral."

⁴⁴Art. 28, ECA: "A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei."

⁴⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

revelam verdadeira ameaça aos filhos ou, porque atentaram contra os direitos destes, ou, ainda em decorrência de abandono e orfandade.

O ECA prevê duas modalidades de guarda: a definitiva e a provisória. A guarda definitiva serve para regularizar a posse de fato, como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e de adoção, conforme art. 33, §1º do Estatuto. Já a guarda provisória, destina-se a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis fora dos casos de tutela ou adoção, de acordo com o art. 33, §2º. Deste modo, a guarda presente no ECA também serve como medida de proteção e confere o direito de representação para a prática de determinados atos, deferindo o direito do guardião se opor contra terceiros, inclusive os genitores.

Estabelecida a guarda, faz-se imperiosa a prestação de assistência material, moral e educacional aos infantes. Como a guarda, diferentemente da tutela e da adoção, não põe fim a autoridade parental, o dever de assistência conferido aos genitores, permanece salutar, juntamente com as obrigações do guardião. Inclusive o art. 33, §3º do ECA define que a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, até mesmo previdenciários. Porém, há divergências de opiniões e decisões no que tange a esta possibilidade, pois, recente legislação alterou a lei previdenciária,⁴⁶ e retirou a criança/adolescente sob guarda judicial da proteção da previdência estatal. Por este motivo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem negado este benefício ao infante sob guarda de segurado falecido, entendendo que aquele somente teria direito a pensão por morte de servidor se a data do óbito fosse anterior a referida lei.

No entanto, este entendimento, nunca foi unânime mesmo com o posicionamento do STJ afastando a qualidade de dependente, existem decisões⁴⁷ contrárias concedendo o benefício com fundamento nos direitos fundamentais da criança/adolescente que tem seu campo de incidência protegido pela condição de vulnerabilidade, devendo ter prioridade absoluta. Assim, não pode o intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que contrarie o

⁴⁶Com o advento da Lei n.9.528/97 a concessão de pensão por morte à dependente menor de idade sob guarda, anteriormente prevista nos regimes próprios dos servidores públicos, foi modificada, em razão de o art. 5º da Lei 9.717/98 ter estabelecido que os regimes próprios da Previdência não poderiam conter previsão de benefícios distintos daqueles constantes no Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

⁴⁷BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 23 mar. 2017. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 36034 MT 2011/0227834-9, Recorrente: A F P de A. Recorrido: Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção. Data de Julgamento: 26 fev. 2014, Data de Publicação: DJe 15 abr. 2014).

princípio da proteção integral, postulado base do Estado Democrático de Direito, devendo orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.⁴⁸

Para o jurista Waldyr Grisard Filho, "[...] a controvérsia gera insegurança às crianças e adolescente sob guarda, quando falece o guardião, que ficarão sem a assistência, além de afetiva e moral, financeira, frustrando seus direitos fundamentais."⁴⁹

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento sobre o direito do infante sob guarda judicial de receber benefício em decorrência de morte do servidor guardião. A ministra Carmem Lúcia, relatora do mandado de segurança n. 32.907/DF, alegou que a questão merece análise mais atenta, haja vista que a CF garante os direitos previdenciários à criança e ao adolescente. Além disso, a ministra ressalta que o art. 33, §3º do ECA confere a condição de dependente previdenciário àqueles.⁵⁰

Com relação ao caráter temporal atribuído à guarda, o art. 35 do ECA permite a sua revogação a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, e após ouvido o Ministério Público, tendo em vista que sua concessão não faz coisa julgada. A sentença concernente à guarda será imutável até o momento em que a situação fática se mantiver inalterada, não aplicando-se a regra processual civil.⁵¹

2.3 Modalidades de guarda no Direito Civil brasileiro

Enquanto o núcleo familiar permanece unido não há necessidade de evocar questões relativas a guarda de filhos. Contudo, haverá necessidade de aplicar os princípios que regem a guarda quando surgirem os sinais de discórdia e disputa entre os consortes. Assim, com a ruptura do vínculo conjugal nasce grave e intrigante problema referente à custódia de filhos, pois a partir deste momento os genitores não mais residirão sob o mesmo teto.

⁴⁸ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

⁴⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 89.

⁵⁰ Medida cautelar em MS 32.907/DF. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Registro de pensão civil. Ex-servidora do Ministério da Fazenda. Menor sob guarda. Lei 9.717/1998. Alegada inocorrência de derrogação dos benefícios previstos na Lei 8.112/1990. Liminar deferida. Providências processuais. (Rel. Min. Carmem Lúcia. Brasília, 23.04.2014.) BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2017. (Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.907/DF. Impetrante: Mylena Aciole Casado dos Anjos, Impetrado: Tribunal de Contas da União, Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Protocol. 22.04.2014 - DJE: 25.04.2014 – Dec. Julg. 23.06.2015 – 2ª Turma – Data Publ. DJE: 03.08.2015).

⁵¹ GRISARD FILHO, op. cit. p. 65.

O critério norteador para a fixação da guarda de filhos é a vontade dos pais. No entanto, ainda que se deva respeitar a decisão dos genitores, há de se atentar para a situação de completa fragilidade emocional em que eles se encontram no momento da dissolução conjugal. Mesmo com o rompimento da conjugalidade, o casal parental deve permanecer e participar da vida da prole, pois os filhos seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; por conseguinte, a família continua existindo, muitas vezes debilitada, mas não destruída.⁵² Destarte, as divergências entre os formatos de famílias pós-separação exprimem a crescente admissão de que esta não pode romper a relação parental.⁵³

Na constância da conjugalidade, ambos os pais exercem a autoridade parental e dividem a guarda de seus filhos de maneira natural, no entanto, no instante em que o casal conjugal deixa de existir e um dos consortes afasta-se, a guarda, que representa um dos atributos da autoridade parental, dissocia-se deste instituto. Vale ressaltar que, a autoridade parental não sofre modificações com o fim do vínculo conjugal, todavia, no tocante à custódia dos filhos, ocorre uma divisão entre o genitor guardião e o não guardião.

Assim, diante desta situação de separação/divórcio, a principal preocupação do legislador deve ser com a preservação do melhor interesse dos filhos, não provocando modificações nos direitos e deveres dos genitores pelo fim da conjugalidade, nem mesmo por um novo casamento ou união estável. No mais, é errôneo o entendimento de que a concessão de guarda a um dos ex-consortes afeta a autoridade parental do outro.⁵⁴

Para que se possa entender melhor o instituto da guarda e as modalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso fazer uma distinção entre custódia física e jurídica. A custódia ou guarda material realiza-se pela proximidade diária do genitor que convive com a prole, na maioria das vezes monoparentalmente, exercendo a autoridade parental em toda a sua extensão. Já a guarda ou custódia jurídica é a própria expressão da autoridade parental e diz respeito as responsabilidades inerente aos filhos, cabendo dirigir-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles.

⁵²GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

⁵³GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 155.

⁵⁴MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 139.

2.3.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral, também conhecida por uniparental ou única consiste no exercício do dever/direito de guarda, de maneira direta, constante e com exclusividade por apenas um dos genitores. Embora este não seja o único modelo de guarda existente no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é o mais utilizado, seja pela escolha dos genitores ou por decisão judicial. Está prevista no art. 1.583 do Código Civil,⁵⁵ sendo que o parágrafo primeiro deste mesmo dispositivo C/C o parágrafo quinto do art. 1.584,⁵⁶ permitem que a guarda seja confiada a terceiros, em substituição aos genitores, assim, é possível que a autoridade parental permaneça com os pais e a guarda com um terceiro que deve ser escolhido pela relação de parentesco e afinidade com a criança/adolescente.⁵⁷

Nas situações de guarda uniparental, os filhos residem com o genitor guardião que lida com as ocorrências cotidianas da prole, ou seja, toma decisões com relação aos filhos menores de maneira unilateral. Entretanto, em tese e conforme determina o ordenamento jurídico, embora a guarda unilateral seja atribuída a apenas um dos genitores, o genitor não guardião continua no exercício da autoridade parental, deste modo, o parágrafo quinto do art. 1.583, Código Civil,⁵⁸ impõe a este progenitor o dever de supervisionar os interesses da prole, tendo ele legitimidade para requerer informações sobre a saúde física/psicológica e a educação de seus filhos, para qualquer estabelecimento público ou particular, devendo as informações serem prestadas de prontidão, inclusive, sob pena de multa, que poderá variar de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 por dia pelo não atendimento da solicitação.⁵⁹ O peso das astreintes objetiva o pronto atendimento das informações devidas aos pais, com relação aos filhos, atingindo principalmente as instituições escolares que estes frequentam.

⁵⁵ Art. 1.583, §1º, CC: "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. (Incluído pela Lei n. 11.698, de 2008)."

⁵⁶ Art. 1.584, §5º, CC: "Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade."

⁵⁷ VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 38.

⁵⁸ Art. 1.583, §5º, CC: "A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei n. 13.058, de 2014)."

⁵⁹ Art. 1.584, § 6º, Código Civil: "Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação."

Ademais, também é atribuído ao genitor não guardião, o direito de visitação e convivência familiar, que poderá ser pré-fixado de maneira consensual entre os genitores ou, caso necessário, por decisão judicial, sendo muito comum a utilização, pelos magistrados, de uma planilha fixa sobre as visitas do genitor que não detém a custódia física. Contudo, o "agendamento" destas visitas é realizado de modo geral, quinzenalmente, nos finais de semana, acarretando no impedimento deste genitor de acompanhar o dia a dia e participar no crescimento e educação da prole.⁶⁰ Todavia, o papel de visitante imposto a um dos progenitores, além de estigmatizá-lo, poderá acarretar um distanciamento afetivo entre este e o filho, além do que a posição vivenciada pelo genitor visitante é deveras inferiorizada frente à colocação experimentada pelo genitor guardião, responsável por comandar a vida do filho.⁶¹

Para Maria Berenice Dias "A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras."⁶²

Em verdade, na prática, o genitor não detentor da guarda deixa de ser o guardião que era na vigência do relacionamento e se torna apenas um visitante com direito de vigilância.⁶³ Em decorrência disso, a guarda única tem se mostrado propiciadora de insatisfações, desordem e barganhas envolvendo os filhos. No mais, apresenta maior probabilidade de proporcionar insatisfações ao progenitor visitante, que estará inclinado à queixas e contrariedades quando em contato com a prole.⁶⁴

Infelizmente, a realidade dos relacionamentos demonstra que, após o seu rompimento, as funções que antes eram exercidas de maneira complementar pelos pais, acabam sendo distorcidas, após o divórcio, propiciando o afastamento entre filhos e pais. É inegável que a guarda única, com o complementar direito de visitas e fiscalização, muitas vezes fomenta a competição e o egoísmo dos genitores, situação na qual, prevalece a

⁶⁰BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 29.

⁶¹ZAMARIOLA, Aldrin Teubl Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares; OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as relações nas famílias brasileiras: a lei n. 13.058/2014. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 31, jan./fev. 2015.

⁶²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 525.

⁶³BERALDO, loc. cit.

⁶⁴DIAS, loc. cit.

atribuição de culpa, abusos no exercício de direitos e autoridade parental, além de abandonos material e afetivo.⁶⁵

Muitas vezes a disputa de guarda de filhos os colocam em situações altamente prejudiciais, haja vista que os pais acabam por utilizar os seus filhos como se fossem moeda de troca, sendo estes considerados troféus para aquele genitor que venceu a disputa e foi empossado como guardião. Além disso, a guarda unilateral é considerada desvantajosa, pois na maioria dos casos, os filhos desejam estar ao lado de seu pai e de sua mãe de maneira igualitária, e não estar com um, e receber a visita do outro, desta forma ocorre o afrontamento ao princípio do melhor interesse da criança.

2.3.2 Guarda alternada

A guarda alternada, também conhecida por guarda dividida, consiste num revezamento do exercício da guarda unilateral, ou seja, se caracteriza pela possibilidade de cada um dos genitores deter a guarda do filho com exclusividade, porém, de maneira rotativa, durante certo período, que poderá ser anual, semestral, mensal, ou até mesmo em dias alternados. A característica predominante desta modalidade de guarda, é justamente a concentração com exclusividade dos poderes/deveres próprios da autoridade parental na figura de apenas um dos genitores, no momento em que se encontra na sua vez de revezamento.

Conforme se verifica, nesta modalidade de guarda, há uma distribuição igualitária do tempo de convívio com a prole, acarretando na divisão e exercício da guarda física, ou seja, a criança hora fica na casa da mãe, hora permanece na residência do pai. No mais, também ocorre a divisão temporal no aspecto jurídico, que diz respeito às decisões acerca da prole, que podem envolver questões educacionais e inclusive de saúde e bem estar. Deste modo, enquanto um dos genitores detém a custódia no período que lhe cabe estar com a criança/adolescente, ao outro é concedido o direito de visitas.⁶⁶

Neste sentido, o Enunciado n. 604 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em setembro de 2015, trouxe alguns esclarecimentos no que diz respeito à guarda alternada, a fim de evidenciar a divisão de tempo de permanência dos filhos

⁶⁵GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 143.

⁶⁶BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 31.

com os genitores, presente nesta modalidade de guarda, bem como o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que está com o filho.

A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo §2º do artigo nº 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.⁶⁷

A alternância de guarda também é considerada prejudicial aos filhos, na medida em que impede o alicerçamento das bases de formação da criança/adolescente em decorrência do constante revezamento de orientações a que estes são submetidos. Além de que, dificulta o princípio da continuidade do cumprimento das responsabilidades parentais, que deve ser simultâneo e não paralelo;⁶⁸ prejudicando o bem estar da criança/adolescente, transformando os filhos em verdadeiros ioiôs que são jogados de "lá pra cá" e vice versa, ferindo o princípio do melhor interesse da criança e adolescente.⁶⁹

A guarda alternada constitui uma duplicidade de guardas unilaterais e exclusivas, fazendo com que os filhos tenham mais de um local para residir, sem um ponto de referência, acarretando à criança/adolescente a perda de um dos elementos essenciais de segurança, que é o referencial de espaço. Além disso, a alternância obrigatória de lares pode ser insuportável para os infantes que ainda não adquiriram maturidade suficiente e sequer estrutura psicológica para compreender os fatos, podendo refletir no rendimento escolar e na convivência com outras crianças.⁷⁰

Françoise Dolto defende a importância da continuidade do corpo, afetividade e vínculos sociais para o desenvolvimento da criança. Desta feita, a psicanalista francesa é contrária à guarda alternada, inclusive, relatando em sua obra que aborda a separação dos pais, a influência da guarda alternada no índice de tentativas de suicídio entre crianças a partir de 7 anos de idade que são submetidas à esta modalidade de guarda.⁷¹

⁶⁷CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados%20aprovados%20-%20VII%20jornada/view>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁶⁸MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 141.

⁶⁹MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 72.

⁷⁰MADALENO; MADALENO, op. cit., p. 113.

⁷¹DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Tradução de Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p. 74.

Precisamente por estas características altamente maléficas, o direito pátrio não prevê a guarda alternada dentre a sua legislação, no entanto, esta merece destaque tendo vista sua constante confusão com a guarda compartilhada.⁷² No mais, o Enunciado 518 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal entende pela possibilidade de existir outras modalidades de guarda, além dos expressos no Código Civil:

A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família. Atualizados os Enunciados n. 101 e 336 em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este enunciado.⁷³

Guilherme Calmon também defende que a enumeração do art. 1.583 do CC, não deve ser considerada exaustiva ou taxativa, impedindo a utilização de outros modelos de guarda, que sejam mais oportunos em algumas situações, nas quais, a melhor solução poderá ser exatamente o estabelecimento da guarda alternada, o que deve merecer avaliação casuística, embasada em estudos psicossociais que apoiarão o magistrado na possibilidade da aplicação do referido regime.⁷⁴

Assim, embora a guarda alternada, segundo a psicologia e a psicanálise, provoque dificuldades de adaptação da criança/adolescente, em decorrência desta rotatividade, deve-se evitar generalizações extremas. Neste sentido, para que a sua aplicabilidade seja efetiva e traga bons resultados, deve-se levar em conta a distância entre as residências dos pais; se os filhos se identificam com ambas os lares; se há uma estrutura adequada para receber as crianças/adolescentes nos dois ambientes, como material escolar e remédios, além de outros. Entretanto, o que se deve avaliar de maneira mais atenciosa, são as constantes mudanças que a prole terá que fazer e como esta situação a afetará. Pois, não se pode esquecer que os interesses dos filhos sempre estarão em primeiro lugar.⁷⁵

⁷²OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 334.

⁷³CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁷⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz das leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 169-170.

⁷⁵BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 32.

2.3.3 Guarda compartilhada

Por fim, como produto da reivindicação e reconhecimento das novas formas de relacionamentos e, principalmente, da relevância do afeto, e em decorrência dos impasses relativos ao exercício da parentalidade após a ruptura dos laços conjugais, surgiu o instituto da guarda compartilhada, que, consiste na responsabilização conjunta pelo exercício de direitos e deveres por ambos os genitores, instituindo um sistema no qual os filhos e pais separados mantêm uma convivência harmoniosa, e todas as decisões referentes à prole são tomadas em conjunto.⁷⁶

Vale destacar, que a guarda compartilhada está relacionada a custódia jurídica dos filhos, ou seja, o que deve ser compartilhado são as responsabilidades decorrentes da parentalidade.⁷⁷ Com relação à guarda física ou material, esta permanece com um dos genitores, tendo em conta que a criança/adolescente terá uma residência como referência, no mais, será compartilhada a convivência entre pais e filhos, desde que sejam respeitados os limites e necessidades destes.

Na guarda compartilhada, de modo geral, a criança/adolescente tem o referencial de uma residência principal, mas os genitores têm maior liberdade para planejar o cotidiano dos filhos e a convivência com estes, havendo uma participação mais intensa de ambos na vida da prole.⁷⁸

Para Giselle Groeninga, o modelo de guarda compartilhada, além de estar em harmonia com a sociedade atual, rompe o paradigma de uma rígida divisão de papéis e funções. A guarda conjunta enaltece o compartilhamento das responsabilidades entre os genitores, ressaltando a importância da função paterna, assim, a criação dos filhos, deixa de ser exclusiva da mulher. Para a autora, o relacionamento contemplado pela guarda compartilhada, atende à criança/adolescente em sua necessidade de ter ao seu lado e se apoiar no pai e na mãe, além disso, satisfaz a reivindicação dos homens, que se realizam no exercício

⁷⁶GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 145.

⁷⁷MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 111.

⁷⁸Ibid., p. 34.

da paternidade responsável e permite que as mulheres invistam em sua realização profissional.⁷⁹

Nesta modalidade de custódia, as funções parentais ficam mais contrabalançadas e o convívio entre pais e filhos mais flexível, propiciando o fortalecimento dos laços familiares. É de fato importante, a disponibilização de um tempo razoável para o contato entre genitores e prole, necessário para conservação dos vínculos afetivos.⁸⁰ Entretanto, a divisão de residência ou a imposição da repartição de tempo em 50% para cada genitor, não é requisito para a aplicabilidade e efetividade da guarda compartilhada, pois, na verdade o que importa é a qualidade desta convivência e não a quantidade. Assim, apesar de haver uma residência fixa, as crianças/adolescentes têm acesso frequente a ambos os pais, podendo ser o contato pessoal ou por meios eletrônicos, sem a necessidade de haver períodos prévia e rigorosamente determinados.⁸¹

Embora já houvesse a concessão desta espécie de guarda, ela foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, apenas no ano de 2008, diante da reivindicação de movimentos associativos vinculados à cidadania, tais como o IBDFAM, o "Movimento Pais para Sempre", a Associação de Pais Separados do Brasil (APASE), entre outros.⁸² Assim, foi promulgada a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, que modificou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, convertendo a guarda compartilhada em guarda legal. Destarte, a guarda unilateral deixa de ser o modelo exclusivo de guarda e passa a dividir o mesmo patamar normativo que a guarda compartilhada, sendo esta orientada pelos princípios da igualdade, solidariedade e em especial pelo melhor interesse da criança/adolescente.⁸³

De acordo com as alterações da Lei n.11.698/2008, o art. 1.584, CC determina que tanto a guarda unilateral, quanto a guarda compartilhada poderão ser estabelecidas de maneira consensual entre os genitores (inciso I), ou por determinação judicial (inciso II). No mais, ficou a cargo do magistrado o dever de esclarecer aos pais o significado da guarda compartilhada, bem como a sua importância (§ 1º), além disso a legislação manifestou clara preferência pela guarda conjunta, ao mencionar que quando os acordos restarem infrutíferos, a

⁷⁹GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 143.

⁸⁰BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 52.

⁸¹Ibid. p. 62.

⁸²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz das leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 166.

⁸³Ibid., p. 168.

guarda compartilhada será aplicada sempre que possível, considerando as necessidades específicas da criança/adolescente e seu melhor interesse e proteção (§ 2º).

Mesmo após o surgimento da guarda compartilhada legal, a guarda uniparental manteve-se como o modelo tradicional, tendo em vista que prevaleceu entre os doutrinadores o posicionamento de que a determinação judicial da guarda compartilhada, apenas deverá advir nas situações em que prepondera a harmonia e a comunicação entre os genitores. Por conseguinte, nas situações em que não houver o consenso entre os pais, é aconselhável que o filho permaneça sob a guarda exclusiva, que deverá ser atribuída àquele genitor que demonstrar melhor condição de exercê-la.⁸⁴

Com a preponderância deste entendimento, a aplicação prática do instituto da guarda conjunta, mostrou-se em dificuldade, pois são raros os casais que conseguem manter boa relação após a ruptura da conjugalidade. Neste sentido, Waldyr Grisard Filho defende a necessidade de adotar uma nova regra que permita a aplicação da guarda compartilhada mesmo quando as separações/divórcios terminem em litígio, não podendo a escolha do modelo de guarda depender da autoridade dos pais, pois o que deve prevalecer é o melhor interesse dos filhos.⁸⁵

Em decorrência deste posicionamento, defendido não apenas pelo autor acima citado, mas também por outros estudiosos do Direito das Famílias, em dezembro de 2014, foi aprovada outra legislação sobre a guarda compartilhada, que confere a esta espécie de guarda, o caráter de obrigatoriedade, por este motivo a Lei n. 13.068/2014 é conhecida como a legislação da guarda compartilhada obrigatória.⁸⁶

2.3.3.1 Guarda compartilhada obrigatória e o melhor interesse dos filhos

Em decorrência do sancionamento da nova legislação sobre guarda compartilhada, os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil sofreram alterações, e passaram a disciplinar com largueza a maneira de proteger a pessoa dos filhos nos casos que acarretam o fim da conjugalidade. Tais dispositivos dão precedência à guarda compartilhada como norma

⁸⁴GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.p. 144.

⁸⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

⁸⁶TARTUCE, Flávio. A Lei da guarda compartilhada (alternada) obrigatória: análise crítica da Lei 13.058/2014. **Migalhas**, (S.l.), 25 fev. 2015. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

geral, e definem as providências jurídicas relacionadas à sua regulamentação, que deverão ser precedidas de audiência de conciliação e com apoio técnico de equipe multidisciplinar composta por psicólogos e assistentes sociais.

Conforme a interpretação da lei e a doutrina prevalecente, a guarda concomitante deixou de ser uma questão de opinião ou de escolha, tornando-se uma imposição normativa, que deverá ser determinada mesmo contrária à vontade dos pais e o ocasional estado de beligerância entre eles, conforme o art. 1.584, § 2º, CC. Perante o dispositivo legal de aplicação prioritária da guarda compartilhada, considera-se exceção à regra apenas as situações na quais ocorra a declaração de desinteresse por parte de ao menos um dos genitores. Entretanto, a recusa do compartilhamento também deverá ocorrer em outras circunstâncias que poderão impedir a efetivação deste regime de guarda, como a ausência de um dos genitores, doença grave, comprovado desvio de conduta, prisão dentre outras situações, sendo que estas deverão ser devidamente examinadas na instrução processual.

O instituto da guarda compartilhada busca a efetivação do princípio da igualdade parental entre genitores separados, divorciados ou por qualquer motivo impedidos de uma convivência regular com os filhos. Conquanto o texto legal implica a sua aplicabilidade independentemente de contendas entre os genitores, é indiscutível que a efetividade da guarda conjunta depende das circunstâncias do comportamento pessoal e da disposição de cada um dos pais, que necessitam de uma abertura maior ao diálogo nas decisões compartilhadas e pressupõe que os genitores trabalhem conjuntamente, focando no interesse dos filhos.⁸⁷ Embora diante à superioridade da guarda conjunta, sua imposição coercitiva pelo magistrado nem sempre refletirá boa solução, em especial nos casos onde prevalece forte litígio entre os genitores.

Após o divórcio, os sujeitos de direitos que vivenciam o sofrimento da ruptura dos laços conjugais, estão livres para alcançar a maturidade imposta pela transformação familiar. Assim, torna-se possível o desenvolvimento da responsabilidade parental, sem utilizar os filhos como escudo ou espada. Entretanto, se esta condição não se fizer presente, a guarda compartilhada não é aconselhada, visto que se tornará ineficaz, transformando-se em mera repartição de tempos de convívio dos genitores com a prole, com conteúdo de guarda exclusiva.⁸⁸

⁸⁷BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 62.

⁸⁸BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 167.

Ao indicar os pontos negativos da nova legislação, Jorge Shiguemitsu Fujita, aponta que a guarda compartilhada não vingaria num relacionamento hostil entre os genitores, em que predominam o rancor, a mágoa e a discórdia, sentimentos e características comuns entre os ex-consortes que se separaram litigiosamente, mesmo havendo o amor comum pelos filhos. Defende ainda que, o sucesso da guarda compartilhada depende da maturidade dos genitores, da compreensão, amor e altruísmo em favor da prole.⁸⁹ Além disso, o autor levanta as seguintes indagações:

Como poderia dar certo a guarda compartilhada se decorrente não de um consenso entre os pais, mas de uma determinação judicial, impondo um compartilhamento entre as pessoas que se negam a fazê-lo? Seria suficiente a sanção consistente em redução de prerrogativas atribuídas ao genitor que promovesse alteração não autorizada ou o descumprimento de cláusula da guarda compartilhada?⁹⁰

Haja vista que o Direito de Família cuida de relações afetivas, complexas, estas não podem ser solucionadas impondo condutas, de modo objetivo, deve haver flexibilização.⁹¹ Deste modo, não se afigura adequado dizer que a guarda compartilhada disputada por ambos os pais seja obrigatória, ao contrário disto, a guarda conjunta deverá, sempre que possível, ser recomendada e preferível, assim, mostra-se mais adequada a antiga redação do artigo 1.584, § 2º, CC; sendo que é proporcionado ao magistrado a abertura para julgar de acordo com os interesses e direitos das partes, devendo-se destacar que o interesse que deverá prevalecer é o dos filhos, e justamente por esta razão, em situações que denotem a inconveniência da adoção da guarda compartilhada, esta jamais poderá ser aplicada compulsoriamente.⁹²

É inegável que a intenção do legislador, foi das melhores, no entanto, a efetividade deste instituto dificilmente será alcançada. Podendo, inclusive ir contra a dignidade dos ex-consortes, que ainda não digeriram o fim do casamento. Além disso, será saudável para os filhos, serem educados por pais que se odeiam? O melhor interesse da criança/adolescente será alcançado?⁹³

⁸⁹FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 198.

⁹⁰Ibid.

⁹¹CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Visão em razão dos princípios fundamentais do direito. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 219.

⁹²OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p 332.

⁹³CRUZ, op. cit., p. 220.

Outro ponto que provoca entusiasmada discussão, diz respeito à forma de divisão do tempo de convívio da prole com cada um dos genitores, o §2º do art. 1.583, CC⁹⁴ prevê que na guarda conjunta, o tempo de permanência com os filhos deve ser repartido de maneira equilibrada entre os pais, sempre levando em consideração as condições fáticas e os interesses das crianças/adolescentes. Neste mesmo aspecto, a parte final do § 3º do art. 1.584, CC,⁹⁵ também faz menção à divisão equilibrada do tempo entre o pai e a mãe.

Considerando-se que na guarda conjunta o que se divide é a custódia jurídica e não a guarda física dos filhos, a primeira impressão que se tem do instituto atribuído pela Lei n. 13.068/2014 é de que se trata de guarda alternada, previamente tratada neste trabalho, na qual os filhos residem determinado período com cada um dos pais, dividindo-se a guarda física. Vale lembrar que a alternância de guarda não é prevista na legislação brasileira justamente pela sua nocividade às crianças/adolescentes.

Este também é o pensamento de Waldyr Grisard Filho "[...] a norma projetada não só mantêm vivos alguns velhos equívocos à sua atribuição como ressuscita outros, de nefasta memória, como a guarda alternada, nunca disciplinada em nosso ordenamento jurídico. Assim, a guarda compartilhada permanece na berlinda."⁹⁶

Giselle Groeninga, utilizando-se da expressão divisão salomônica,⁹⁷ refere-se à nova legislação de guarda compartilhada como incompatível com as necessidades da criança/adolescente com relação ao referencial espaço-temporal e com a importância do constante convívio com uma figura de referência, que segundo a psicanalista, sofrerá variações, de acordo com a idade e características particulares.⁹⁸ Ainda sobre este assunto, complementa a autora, "Este tipo de divisão - salomônica, e mesmo pré-salomônica, pode funcionar como duas guardas únicas, fugindo à ideia de responsabilidade conjunta, que é o

⁹⁴ Art. 1.583, §2º, CC: " § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei n. 13.058, de 2014)."

⁹⁵ Art. 1.584, §3º, CC: " § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei n. 13.058, de 2014)."

⁹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. A guarda compartilhada na berlinda. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 18, p. 12, 2015.

⁹⁷ A expressão divisão salomônica, refere-se à história bíblica do jovem rei Salomão, que para solucionar um litígio entre duas mulheres que diziam ser mães de uma mesma criança, determinou que cortassem o bebê em dois, dando a metade para cada uma das demandantes. No entanto, uma das mulheres gritou para que não cortassem o bebê, e cedeu a sua parte para a outra mulher. Assim, o rei teve certeza de que esta primeira mulher era a mãe da criança, pois a verdadeira mãe amava tanto o seu filho que estava disposta a dá-lo à outra mulher para que não fosse morto.

⁹⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 152.

que definiria a nova lei. Responsabilidades paralelas não são o mesmo que responsabilidade conjunta."⁹⁹

Por sua vez, a magistrada Ângela Gimenez,¹⁰⁰ apoiadora da guarda compartilhada obrigatória afirma que a confusão entre esta espécie de guarda e a guarda alternada, não passa de um erro grosseiro, considerando-se que esta constitui em uma guarda uniparental, assinalada pelo exercício exclusivo da guarda por um dos pais segundo um período previamente fixado que pode ser anual, semestral ou diário, nos quais os filhos se submetem a uma alternância sistematizada de convivência.¹⁰¹

Conquanto, esteja adequada a diferenciação feita pela juíza no tocante as guardas alternada e compartilhada, a própria magistrada se contradiz ao defender impetuosamente a distribuição equitativa de tempo da criança com o pai e com a mãe, chegando ao extremo de alegar que "[...] cabe ao juiz trabalhar com o ideal de compartilhamento na proporção de 50% do tempo de cada um dos genitores."¹⁰² Além disso, também é de entendimento da magistrada que em situações nas quais os genitores residam em cidades diferentes ou em locais muito distantes, a equação distributiva do tempo poderá ser calculada de maneira distinta, desde que o percentual atinja ao menos 35% do tempo, caso contrário significará a guarda unilateral, se desfazendo a característica do compartilhamento.¹⁰³

É clara a inclinação demonstrada por juízes de juristas em favor da causa paterna de puro equilíbrio de distribuição de tempo entre os progenitores, ainda que não exista nenhum estudo demonstrando que a quantidade de tempo seja de relevância para a prole, quando na realidade o que se mostra importante é a qualidade dos relacionamentos paterno/materno-filiais, devendo dar prioridade à rotina dos filhos, buscando uniformizá-la, pois é inadmissível que o infante durma às 20 horas na casa da mãe e não tenha horários na residência do pai.¹⁰⁴

Mostra-se importante aclarar que a atual legislação não força um revezamento de moradia entre a casa do pai e a da mãe, trata-se de uma repartição contrabalançada das responsabilidades, onde as decisões referentes aos filhos deverão ser compartilhadas como por exemplo, em que escola os filhos irão estudar, qual o melhor convênio médico ou as

⁹⁹GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 152.

¹⁰⁰Juíza titular da Primeira Vara Especializada em Família e Sucessões de Cuiabá e Presidente do IBDFAM-MT.

¹⁰¹GIMENEZ, Ângela. Igualdade parental. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, n.18, p. 7, 2015.

¹⁰²Ibid.

¹⁰³Ibid.

¹⁰⁴MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 234.

atividades físicas que vão praticar, até assuntos mais triviais, como se a criança poderá ou não ir a uma excursão escolar ou a uma festa de amigos. De tal modo segue o entendimento da psicóloga Rosely Sayão em entrevista à Revista Informativa do IBDFAM: "Pai tem um jeito e mãe tem outro. Não podemos somar o tempo e dizer que é um tempo com o pai e outro com a mãe. Não se trata disso. É quase como dizer de uma responsabilidade compartilhada."¹⁰⁵

A necessária cooperação entre os pais não se estabelece pela tentativa em homogeneizar as diferenças e dividir o tempo e moradia, pelo contrário, isto pode vir a acentuar a competição e as divergências. Em resumo, o risco é o de se privilegiar fatores espaciais e temporais objetivos, em detrimento dos fatores existenciais e afetivos, certamente mais complexos e valoráveis. Também em defesa de uma melhor interpretação da questão temporal que envolve a guarda compartilhada obrigatória, Gisele Groeninga, posiciona-se da seguinte maneira:

Examine-se o que se afigura como uma confusão quanto ao significado de “divisão equilibrada do tempo”. É importante que está se dê “sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”, como consta do PL. Condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento das crianças e adolescentes, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções. Caso as condições e interesses não recebam o necessário exame, e a continuar a confusão divulgada na mídia e nas críticas ao PL, em que se entende que os filhos passarão igual período na casa de cada genitor, a lei pode acabar por não atender aos interesses da família transformada pela separação dos cônjuges, conviventes, ou mesmo nos casos de filhos de casais que não se constituíram.¹⁰⁶

Deveras a guarda compartilhada seja o modelo ideal para que haja uma maior participação dos pais na vida de seus filhos, esta deverá ser aplicada com extrema delicadeza, fazendo-se importante a determinação judicial de estudo psicossocial com acompanhamento das partes, a fim de que nos casos de litígio, o juiz possa decidir de maneira fundamentada não apenas na legalidade, mas numa pesquisa das efetivas condições dos pais para o desenvolvimento da guarda conjunta.

No mais, o sentido e o implemento da convivência compartilhada, pressupõe entendimento entre os genitores para o desempenho uniforme e harmônico dos direitos e deveres entre pais e filhos, atendendo ao preceito constitucional da igualdade entre os genitores e da integração da criança/adolescente na esfera familiar. Destarte, tem-se como

¹⁰⁵SAYÃO, Roseli. Direito à convivência familiar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, n. 18, p. 10, 2015.

¹⁰⁶GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda compartilhada e relacionamento familiar: algumas reflexões necessárias**. Belo Horizonte, 5 dez. 2014. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/996/Guarda+Compartilhada+e+Relacionamento+Familiar+%E2%80%93+Algumas+Reflex%C3%B5es+Necess%C3%A1rias>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

regra maior a aplicação da guarda conjunta, desde que haja conveniência para as partes envolvidas, tendo por fundamento as condições pessoais do pai ou da mãe sempre resguardando o superior interesse dos filhos.

De tal modo, partindo do princípio de que ambos são pais e devem se respeitar, superando as mágoas e rancores pelo fim da união conjugal, a fim de exercer o poder/dever em igualdade de condições, não há qualquer empecilho em estabelecer moradia fixa para os filhos, determinando-se que a administração destes ficará a cargo de ambos os genitores, pois mesmo que um dos pais não resida com a prole, ele poderá levá-los ou buscá-los na escola, auxiliá-los nas tarefas diárias, participar em reuniões pedagógicas e de eventos desportivos, levá-los ao médico, enfim, terá a oportunidade de integrar-se na vida dos filhos, ensinando-lhes, por suas atitudes, os supremos valores à formação psicossocial, pois, vale lembrar que pai e mãe continuam identicamente responsáveis pela educação e pelo desenvolvimento psíquico e moral dos filhos.

Diante de todo o estudo relacionado à guarda compartilhada, sabe-se que este modelo realmente é o que melhor atende aos interesses dos filhos, pois, estes terão a oportunidade de conviver com ambos os genitores, sem a necessidade de escolhas. Porém, não se pode negar que a efetividade prática deste instituto é amplamente dependente daqueles que conduzirão esta custódia, ou seja, os pais. Por isso a grande crítica quanto à aplicabilidade compulsória da guarda compartilhada não diz respeito às disputas entre os genitores, mas sim, quanto ao efetivo cumprimento da proteção e do melhor interesse dos filhos.

Faz-se necessário esclarecer que a guarda conjunta não será o remédio milagroso para a cura das desordens familiares nem a repartição de tempo ou de semana, para o descanso dos genitores. Além disso, não tem lugar quando há amarguras, contendas ou conturbado relacionamento na parceria. Todavia, a guarda compartilhada é considerada uma cogestão na autoridade parental, a fim de que os filhos não percam suas referências, também é uma pluralização das responsabilidades parentais, funcionando como um freio a guarda unilateral nociva.

Sobre as vantagens e desvantagens da guarda conjunta, Giselle Groeninga aponta que:

A vantagem e a desvantagem da guarda compartilhada podem estar na flexibilidade dos arranjos ao longo do tempo. Tudo vai depender da capacidade de comunicação entre os pais e o julgamento do que são as necessidades dos filhos e da família transformada. Novamente aponto a importância da comunicação entre o casal parental e, neste sentido, há, além do recurso aos profissionais da Psicologia e Psicanálise, o recurso previsto em lei às equipes interdisciplinares e, ainda, o recurso

à Mediação Interdisciplinar como importante ferramenta de estabelecimento ou restabelecimento da comunicação.¹⁰⁷

Outrossim, vale destacar que o regime de guarda escolhido ou determinado subsiste enquanto atender ao melhor interesse da criança/adolescente, vigorando a premissa "rebus sic stantibus".¹⁰⁸ Deste modo, o modelo de guarda poderá ser modificado a qualquer momento por acordo dos genitores ou por determinação judicial.

¹⁰⁷GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 149.

¹⁰⁸CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Visão em razão dos princípios fundamentais do direito. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 220.

CAPÍTULO 3 POLÍTICAS PÚBLICAS NA BUSCA DA EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 As políticas públicas de tratamento de conflito

Muito se fala sobre a crise enfrentada pelo Poder Judiciário que encontra-se abarrotado de processos, que muitas vezes perduram por uma eternidade e não alcançam um resultado desejado pelas partes. Além disso, os múltiplos recursos e incidentes processuais, alguns puramente protelatórios, concorrem, altamente, para a morosidade da prestação jurisdicional.¹

A crescente dificuldade de acesso à justiça, provoca enorme estresse aos operadores do Direito, que por vezes recebem o título de inoperantes, tornando-se desacreditados pela sociedade, além do que o jurisdicionado encontra-se cada vez mais distante da justiça, especialmente quando a tutela jurisdicional refere-se às relações familiaristas, dada a natureza dos conflitos terem, como fundamento, as relações de afeto.²

A solução encontra-se no desafio de um Direito das Famílias menos oneroso para os seus destinatários e para o Estado, e em sua desjudicialização. Estas tendências acarretam em transformações na dinâmica processual e em políticas públicas, a exemplo, da Mediação, que detém o cunho essencialmente interdisciplinar no tratamento aos conflitos.

Para José Renato Nalini, a concepção oitocentista do Poder Judiciário, persiste como entrave à sua transformação. No mais, a falta de preparo e vocação por parte dos juízes é uma fonte autônoma de injustiças, "O trabalho judicial angustia e somente pessoas equilibradas e devidamente preparadas conseguem se desvencilhar dele sem multiplicar os conflitos ou comprometer a própria higidez mental."³

Toda esta situação, exigiu do Estado reformas, de modo a garantir e assegurar o princípio de acesso à justiça, pelos cidadãos.

¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 145.

² BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 102.

³ NALINI, José Renato. Partir do zero. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 3 jan. 2003. Caderno A. p. 2. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20030103-39889-nac-2-opi-a2-not/busca/RENATO+NALINI+Partir+zero>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

Neste contexto, através da Emenda Constitucional n. 45,⁴ de 30 de dezembro de 2004, que incluiu o art.103-B à Constituição Federal, criou-se então, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é o órgão encarregado de desenvolver ações e programas com o objetivo de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Poder Judiciário. Dessa forma, dentre as múltiplas funções do Conselho Nacional de Justiça, destaca-se, a implementação de ações de reforma do sistema de justiça.

De acordo com a Resolução n. 70,⁵ de 18 de março de 2009, do próprio CNJ, estipula-se que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social serão os objetivos estratégicos do Poder Judiciário e que o direito de acesso à justiça, conforme o previsto no art. 5º, XXXV, da CF, implicará também, a ordem jurídica justa.

A implementação de políticas públicas faz-se necessária, para solucionar os problemas da esfera pública. Deste modo, levando-se em consideração o aumento dos problemas e conflitos jurídicos na sociedade, frente à esta explosão de litigiosidade, decorrente da complexidade socioeconômica contemporânea, o Conselho Nacional de Justiça, implantou nova política social, de modo a organizar e solidificar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial, os não adversariais, como a mediação e a conciliação.⁶

A principal finalidade do Poder Judiciário é a pacificação social, deste modo, seja qual for o procedimento desenvolvido para solucionar os litígios no âmbito do monopólio jurisdicional, cabe ao Judiciário incentivar o uso de instrumentos e técnicas que possibilitam a proximidade dos cidadãos da verdadeira Justiça.⁷

⁴ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 70, de 18 de março de 2009. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 25 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=118>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁶ OLIVEIRA, Luthyana Demarchi. A mediação como política pública de tratamento dos conflitos de guarda. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 160.

⁷ BACCELAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação para processual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.p. 222.

Assim, foi instituída em 29 novembro 2010, a Resolução n. 125,⁸ que estabeleceu políticas de tratamento adequado aos conflitos de interesses, proporcionando a todos os cidadãos, alternativas que atendam à natureza e peculiaridades de cada litígio, seja por meio da conciliação ou da mediação, indicadas pela resolução, como instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a solucionar e prevenir litígios.

No mais, prevê a implementação do programa com a participação de todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como pelas entidades públicas e privadas parceiras e as entidades de ensino.

Estabelece, ainda a importância e a necessidade de organizar e padronizar os serviços de conciliação, mediação e outros procedimentos consensuais de solução de litígios, a fim de evitar práticas e orientações díspares, bem como para garantir a correta execução da política pública.

Esta política inovadora, do CNJ ocasionou a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), com unidades espalhadas por todo o Brasil, cabendo aos CEJUSC's a realização de audiências e sessões de conciliação e mediação de forma centralizada, bem como outros serviços de atendimento e orientação ao cidadão.

Ressaltando-se que a solução destes conflitos podem ocorrer tanto de maneira processual, como extraprocessual. Na realidade, uma das atribuições do CEJUSC é a tarefa de desenvolver políticas públicas de tratamento adequado de conflitos, de modo a evitar a judicialização.

Assim, o CNJ estabeleceu metas objetivando impulsionar os trabalhos destes centros e garantir aos Estados que já possuem uma unidade instalada, a homologação de acordos pré-processuais e conciliações em número superior à média das sentenças homologatórias nas unidades jurisdicionais correlatas. Com relação, aos Estados que ainda não possuem CEJUSC, a meta é a implantação de número maior do que os já existentes.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: ago. 2016.

Todo este impulsionamento dos métodos não adversariais de solução dos litígios, através da política pública, acarretou no sancionamento da Lei de Mediação de Conflitos, n. 13.140/2015,⁹ de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Além disso, a mediação ganhou importante destaque no Novo Código de Processo Civil (NCPC)¹⁰, podendo o magistrado suspender o processo enquanto as partes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

3.2 Conceito e características da mediação

O conflito é algo intrínseco à vida humana, haja vista que as pessoas são diferentes, as histórias de vida se distinguem, os valores, interesses e posicionamentos são díspares, ocasionando assim, a tensão e disputa entre partes. No âmbito familiar, a situação se assemelha, pois, no ciclo vital de uma família, ou seja, desde o início com o casamento ou união estável, até o seu fim com a separação/divórcio, quando as diferenças mostram-se gritantes, instala-se o conflito.¹¹

A mediação consiste em uma prática social, em transformar conflitos, privilegiando a comunicação entre as partes envolvidas, sendo "[...] consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei, respeito ao outro e respeito a si próprio."¹² Assim, o processo é conduzido por um intermediário, mas não se confunde com a conciliação e, muito menos com a arbitragem, consideradas técnicas alternativas de resolução de litígios. Nestes dois últimos métodos, o intercessor, seja o árbitro ou o conciliador, influi diretamente na solução do conflito, podendo inclusive decidir, como ocorre na arbitragem. Já na mediação, o processo acontece de maneira contrária àquelas técnicas, pois, os envolvidos serão auxiliados pelo

⁹ BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: ago. 2016.

¹⁰Id. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹¹GRISARD FILHO, Waldyr. O recurso da mediação nos conflitos de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 14, p. 15, jul./set. 2002.

¹²BARBOSA, Águeda Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

mediador, e serão as próprias partes que construirão a melhor solução para o seu caso, buscando um acordo que beneficie ambos, ou até mesmo, uma mudança de comportamento.¹³

Deste modo, pode-se afirmar que, a função da mediação não é propriamente a resolução dos conflitos, mas sim, permitir a construção ou desbloqueio da comunicação, como bem diz a mediadora Águida Arruda Barbosa:

A prática da mediação é recomendada a pessoas que se sentem paralisadas pela existência de um bloqueio de comunicação entre elas, seja por um conflito latente ou manifesto, sendo este último, muitas vezes, verdadeiras explosões ou já solidificado em impasse. Nesta condição, os discursos e razões dos mediados já são sobejamente conhecidos por ambos, mas polarizados em suas posições, não conseguindo que um escute o outro; portanto a comunicação resta inadequada, porque os protagonistas não se reconhecem, mutuamente, em suas diferenças. Mudando a dinâmica com a prática da mediação, as razões de ambos são ouvidas, simultaneamente, pelo mediador, pelo outro e por si próprio, numa relação de espelho, porque ambos se ouvem por meio da escuta qualificada do mediador, que reconhece a dignidade da palavra dos protagonistas daquela relação. Ademais, passam a ter a oportunidade de compreender como cada um vê o mesmo conflito, momento em que ocorre a transformação do conflito, desbloqueando a comunicação, gerando efeitos terapêuticos e preventivos, pois a consciência não permitirá que repitam a inadequada dinâmica da polarização, que causou desconforto e sofrimento.¹⁴

Através da mediação se investiga os pontos de convergência entre os envolvidos no processo, a fim de abrandar as desavenças e possibilitar a comunicação. Deste modo, a mediação instiga, por meio do diálogo, a recuperação dos objetivos comuns das partes que vivenciam a contenda, permitindo que elas decidam como o conflito será solucionado, haja vista que o mediador, apenas conduz o processo, tratando os envolvidos de modo igualitário e imparcial.

Contudo, é de extrema importância que o terceiro intermediário detenha capacidade e habilidade para garantir a qualidade e êxito de seu trabalho, infelizmente, encontram-se muitos profissionais do universo jurídico que se intitulam mediadores, na busca de acordos, sempre procurando desafogar o Poder Judiciário, abarrotado de processos, que, em sua maioria, são oriundos dos conflitos familiares. Entretanto, há um terrível equívoco que deve ser esclarecido, pois o conteúdo desta atividade, não pode ser considerado mediação, mas sim conciliação na qual o sujeito se submete à abnegação de parte de um direito que acredita ter, em benefício de um acordo, trata-se da lógica da exclusão que se justifica pelo

¹³ FERREIRA, João Bosco Dutra. A constitucionalidade da mediação familiar e o estado democrático de direito: uma crítica à realidade brasileira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 728.

¹⁴ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80-81.

dito popular: é melhor um mau acordo que uma boa demanda; já a mediação, se insere na lógica da inclusão, contemplando e exaltando as diferenças.¹⁵

Desta feita, quanto à figura do mediador, observa-se que este deve ser profissional capacitado na área jurídica ou de humanas, para que possa modificar, ou ao menos educar os colidentes, encorajando-os na transformação de suas desavenças, evitando incompatibilidades, todavia sem prescrever a solução.

Para Célio Garcia, o mediador pode ser definido como:

- 1) O mediador não será um especialista, já pelo fato de que estamos admitindo para a mediação um campo onde as questões não estando bem delimitadas, não gozam de uma jurisprudência ou saber acumulado por decisões anteriores. O mediador não seria tampouco um técnico; admite-se aqui que mediação é distinta de arbitragem.
- 2) O mediador deverá ter experiência, dizem os que já se preocuparam com o tema. Experiência aqui será entendida como passagem pelas áreas concernidas, inclusive pela área do conflito. Passagem quer dizer que o mediador se interessou ao longo da sua formação pelo direito como disciplina formadora (o ato de julgar, a justiça), pela ciência do direito como lugar onde se processa o pensamento jurídico, pelo pensamento jurídico como modo de proceder a montagens (por vezes elas tomam a forma de questões), resultado do trabalho dos glosadores com seus comentários até se chegar ao texto da lei tal como temos atualmente.¹⁶

Ademais, a mediação exige estudo peculiar, técnica própria, conhecimento, e constante aprendizado. Deste modo, a capacitação do profissional é indispensável à correta utilização da mediação.

Vale destacar que, além de todas estas qualidades, o profissional de mediação deve, principalmente, manter-se imparcial, não podendo decidir o litígio, nem solucioná-lo. Desta feita, "O mediador não sugere nem toma qualquer decisão, apenas funciona como um auxiliador da comunicação."¹⁷

A busca pelo consenso nas sessões de mediação, trata-se também de uma das obrigações do facilitador, que deverá se comprometer com o processo, buscando restabelecer o convívio entre os conflitantes, alcançando então, um acordo que satisfaça ambos, lembrando que o acordo não é o objetivo primordial da mediação.

Nesse sentido, leciona Luis Alberto Warat:

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam

¹⁵BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60.

¹⁶GARCIA, Célio. Dinâmica da mediação. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 354.

¹⁷BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 151.

unichoques de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.¹⁸

De modo geral, são duas as maneiras de praticar a mediação: judicial e extrajudicialmente. Com relação a mediação judicial, o mediador atua no processo já impetrado; já na mediação extrajudicial, também chamada de preventiva, as ações judiciais ainda não foram instauradas.

Vale mencionar que, a mediação preventiva não tem o condão de evitar os procedimentos jurisdicionais - devendo ser levado ao judiciário para a homologação do acordo - mas possibilitar a elaboração de um acordo e evitar o contencioso, que se agrava nas disputas que envolvem as relações familiares. As vantagens da mediação extrajudicial são significativas, pois, os envolvidos ficam mais predispostos a cooperar nas negociações, tendo em vista que o diálogo e o contato se dão de modo direto. No mais, por serem as próprias partes que farão a negociação, este ato lhes proporciona maior senso de responsabilidade quanto às próprias decisões, que serão adotadas após uma boa reflexão.

No que diz respeito à mediação judicial, está se inicia por decisão jurídica, quando o processo já está em curso. O próprio magistrado define o conteúdo específico da matéria a ser abordada pelo mediador, limitando assim, a intervenção deste. Tendo em vista que o conflito jurídico já foi materializado, a mediação judicial encontrará maior obstáculo para atuar na essência do desacordo, podendo dificultar a composição, especialmente nas disputas familiares envolvidas pelos conflitos afetivos e de relacionamento.¹⁹

3.2.1 Princípios norteadores do procedimento de mediação

Diversos são os princípios que definem a mediação ou estabelecem a sua ética. O Novo Código de Processo Civil (NCPC) em seu art. 166 e a Lei de Mediação em seu art. 2º, elencam uma série de princípios que, em verdade, constituem deveres incumbidos ao mediador e objetivos a serem atingidos, por meio dos procedimentos de mediação. No mais, a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, em seu Anexo III, estabeleceu o

¹⁸ WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 60.

¹⁹ AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões**: direito de família. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 1023.

Código de Ética de Conciliadores e Mediadores, no qual são abordados alguns dos princípios constantes no NCPC, bem como outros de abordagem específica.

A independência ou autonomia,²⁰ mostra-se importante princípio, pois, propicia ao mediador o dever/direito de atuar com liberdade, estando livre de sofrer qualquer tipo de pressão, seja ela interna ou externa. Ademais, é permitido ao mediador a recusa, suspensão ou interrupção das sessões de mediação, caso estejam ausentes as condições essenciais para seu bom desenvolvimento. Além disso, o profissional de mediação não estará obrigado, diga-se mais, estará proibido, de redigir negociações que vão contra a lei ou até mesmo acordos que por alguma circunstância não são passíveis de execução.

Já a imparcialidade²¹ do facilitador mostra-se fundamental para o sucesso do procedimento de mediação, assim, este princípio está presente nas principais normas que regulam a mediação no ordenamento jurídico brasileiro. Compreende-se por imparcialidade como a obrigação de atuar com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, certificando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

O facilitador não poderá decidir o litígio, nem solucioná-lo. Não possui poder para este ato, no entanto, poderá disponibilizar os meios para a resolução do conflito, através de orientações, devendo sempre alertar os envolvidos para todos os impedimentos que ocorrerem, conduzindo-os para o denominador comum, entretanto, sem o envolvimento pessoal, evitando assim, manifestar a sua visão individual sobre o caso.²²

Embora a doutrina clássica defenda ser a autonomia da vontade a base principiológica dos direitos obrigacionais, limitando-se muitas vezes aos direitos patrimoniais disponíveis. Atualmente, já se sustenta, com veemência, a aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade na esfera existencial, ou seja, questões que não estão ligadas ao patrimônio, mas sim a direitos indisponíveis.

Deste modo, permite-se que a mediação cingida pela autonomia da vontade,²³ seja aplicada às questões de Direito das Famílias, em sua maioria, direitos existenciais. O instituto da mediação possui a vontade e autonomia como componentes caracterizadores fundamentais,

²⁰Previsto nos art. 166 do NCPC e art. 1º, inciso V, Anexo III, Resolução n. 125/2010 do CNJ.

²¹Previsto no art. 166, NCPC; art. 2º, inciso I, Lei de Mediação e art. 1º, inciso IV, Anexo III, Resolução n. 125/2010 do CNJ.

²²LAGO, Cristiano Álvares Valladares do;LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 852.

²³Previsto no art. 2º, inciso V, Lei de Mediação.

dado que, são as partes envolvidas no conflito que decidirão, voluntariamente, sobre a participação no procedimento, buscando um consenso, inclusive podendo optar, de forma conjunta ou independente, pelo encerramento do processo de mediação.

Haja vista que a mediação possui natureza de contrato, e partindo do princípio *pacta sunt servanda* em que os contratos fazem lei entre os contratantes; por consequência da negociação estabelecida entre os conflitantes mediados, a única vinculação mútua existente, será no cumprimento do acordo, frisando que deverão ser respeitadas as regras dos procedimentos adotados pelas próprias partes no ato da autocomposição.²⁴ Após o consenso, o acordo será reduzido a termo em ato jurídico apropriado, produzindo os efeitos entre os negociantes, sem a intervenção do Judiciário; ressaltando que este poderá ser acionado para homologar o acordo firmado em caso de mediação extraprocessual, ou, sendo a mediação judicial, após a lavratura do acordo firmado pelos mediados, este será encaminhado ao juiz coordenador do núcleo de mediação para também homologar o termo.

Contudo, mesmo diante da autonomia da vontade das partes, o Poder Judiciário poderá intervir quando, eventualmente se identificar uma decisão totalmente imoral ou injusta, que cause prejuízos diretos a um dos negociantes, ou até mesmo a ambos, provocando assim, o reconhecimento de falhas no procedimento de mediação, pois o facilitador deve estar atento a todos os atos e decisões, devendo intervir alertando os envolvidos sobre a invalidade da transação, que deve resultar de um acordo honesto, moral e justo, com equilíbrio entre as partes.

Também, em defesa do princípio da confidencialidade,²⁵ o terceiro interventor, por lidar com questões estritamente pessoais, deve manter sigilo absoluto do caso e dos assuntos abordados durante as sessões de mediação, fica proibida a revelação de quaisquer informações fornecidas por uma ou ambas as partes.

Entretanto, havendo autorização expressa das partes, o caso ou algumas questões que o envolva, poderão ser divulgados ou informados aos demais interessados. No mais, ocorrendo violação à ordem pública ou às leis vigentes, ficará o mediador livre do sigilo profissional e deverá informar o ocorrido às autoridades competentes. Fica também o facilitador vedado de atuar como testemunha no caso em que mediou, e de advogar para os envolvidos, em qualquer hipótese.

²⁴ FERREIRA, João Bosco Dutra. A constitucionalidade da mediação familiar e o estado democrático de direito: uma crítica à realidade brasileira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.) **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 734.

²⁵ Previsto no art. 166, NCPC; art. 2º, inciso VII, Lei de Mediação e art. 1º, inciso I, Anexo III, da Resolução n. 125/2010 do CNJ.

Por ser a mediação um processo amplamente informal, no qual os envolvidos são instigados a discutir seus conflitos de maneira pessoal e direta, a fim de alcançar um ponto em comum. Em decorrência disto, o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação incluíram a oralidade²⁶ dentre os princípios norteadores da mediação.

O diálogo faz-se de extrema funcionalidade na transformação dos conflitos, pois, em grande parte dos litígios as partes estão envolvidas com questões emocionais pessoais, distanciando-se do que realmente está em discussão. Assim, com o auxílio do mediador, as partes poderão se expressar de maneira adequada, passando então, a enxergar a origem central da contenda, e a partir daí apartar o que deve ser efetivamente debatido para uma solução efetiva e objetiva do conflito.

No entanto, a separação das questões materiais e das emocionais, somente será possível através de amplos debates, propiciando aos conflitantes o restabelecimento do diálogo e a adequada relação pessoal, mesmo nas situações em que se encontre dificuldades emocionais entre os envolvidos.²⁷ A mediação tem o condão de possibilitar a identificação do impasse que impossibilita o restabelecimento das relações e a comunicação, permitindo que as partes adquiram melhores condições para solucionarem os seus próprios confrontos.

Desta feita, a mediação busca a reaproximação das partes através do diálogo, haja vista que a palavra falada é sentida, especialmente quando exprimida com liberdade, permitindo a correta assimilação do que se pretende realmente dizer.²⁸

No mais, o processo de mediação é regido pelo princípio da informalidade,²⁹ haja vista que não existe uma estruturação rígida para o procedimento, que deverá sempre buscar a conveniência das partes.

Em decorrência do princípio da oralidade, deve-se privilegiar o diálogo entre os envolvidos, nas sessões de mediação e no curso do processo, objetivando de modo informal a discussão e o alcance da melhor solução para cada caso. Assim sendo, o processo de mediação não pode se desenvolver de maneira formal, como ocorre em juízo, onde as partes são representadas pelos advogados, que muitas vezes falam pelos seus clientes, impedindo a comunicação entre eles. No curso do processo judicial, as partes possuem momentos restritos para se manifestarem de modo pessoal, obstruindo a liberdade de comunicação. No mais, as

²⁶Previsto no art. 166, NCPC e art. 2º, inciso III, Lei de Mediação.

²⁷LAGO, Cristiano Álvares Valladares do;LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 852.

²⁸Ibid.

²⁹Previsto no art. 166, NCPC e art. 2º, inciso IV, Lei de Mediação.

palavras são tomadas a termo, despidas de sentimentos que pretendiam ser externados pelo interlocutor, transformadas em documentos, ocultando a personalidade dos conflitos, em um processo escrito e estritamente formalista.³⁰

Tendo em vista que o objetivo primordial da mediação é a transformação dos conflitos, que depende da vontade das partes envolvidas, é importante proporcionar um ambiente no qual elas se sintam mais relaxadas e tranquilas, a fim de colaborar com o desarmamento dos espíritos e, por conseguinte aumentam as chances de negociação.³¹

A informalidade do processo de mediação influencia até mesmo na atividade do facilitador, pois, diante das diferentes situações a que estes são submetidos, nas sessões de mediação, exige-se uma flexibilização destes profissionais, objetivando assim otimizar os resultados deste procedimento transformador dos conflitos. Haja vista que, um procedimento rígido acabaria por engessar o mediador, causando prejuízos na sua atuação como intercessor e facilitador do diálogo.³²

Embora o processo de mediação ocorra de modo informal, permitindo que as partes discutam o conflito e negociem a melhor forma de acordo, a fim de beneficiar ambos, algumas regras devem ser observadas, inclusive o dever de o mediador manter os envolvidos no litígio, plenamente informados quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido, trata-se do princípio da decisão informada.³³

Os envolvidos necessitam estar cientes das exatas dimensões dos aspectos fáticos e jurídicos do litígio em que estão envolvidos. No mais, o dever de informar as circunstâncias da decisão dos mediados, não se confunde com a parcialidade do mediador, pois, ao esclarecer tais fatos e direito às partes, deve operar com isenção e sem preconceitos e favorecimentos.

Vale mencionar um ponto que chegou a provocar discussão com relação a efetividade este princípio. Considerando-se que o profissional de mediação pode ter sua formação nas mais diversas áreas de conhecimento, como por exemplo na Educação e Psicologia, sem necessariamente obter conhecimento de questões jurídicas, pois sua formação como mediador propiciará as técnicas de facilitação de acordos e o restabelecimento das relações entre os envolvidos. Deste modo, em determinadas situações, o mediador não possuirá conhecimento técnico jurídico necessário para prestar os esclarecimentos às partes,

³⁰LAGO, Cristiano Álvares Valladares do;LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 852..

³¹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil: Lei n. 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 77.

³²Ibid.

³³Previsto no NCPC, art. 166 e no art. 1º, inciso II do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores.

sobre os reflexos das decisões tomadas por estes. Assim, não há como exigir destes profissionais, sem qualificação jurídica, que mantenham os mediados informados sobre os seus direitos.³⁴

Já com relação à isonomia, é de extrema importância que a mediação esteja pautada pelo equilíbrio das relações entre as partes, possibilitando a atuação destas, longe de interferência dos sentimentos que possam forçar a tomada de decisão que não é de sua vontade. Logo, caberá ao mediador identificar situações como esta e buscar equilibrá-las, amparando a parte mais frágil ou mais afetada até que se alcance um nível de igualdade de partes. O princípio da isonomia das partes, norteador de todo o processo civil, foi ancorado pela Lei de Mediação³⁵ como necessário ao bom desempenho e sucesso do processo de mediação.

A mediação não busca apenas solucionar os litígios em questão, mas também a satisfação pessoal dos litigantes, para que desta maneira a contenda se torne definitivamente solucionada, dificultando futura discussão sobre o mesmo assunto. Frisa-se que para obter tais resultados, o mediador deverá utilizar-se de técnicas próprias para a reestruturação da convivência entre os envolvidos e consequente reparação da harmonia.

A busca pelo consenso nas sessões de mediação, trata-se também de uma das obrigações do facilitador, que deverá se comprometer com o processo buscando restabelecer a comunicação entre os envolvidos, alcançando então, o mútuo consenso. Por este motivo a Lei de Mediação³⁶ preocupou-se em inserir a busca pelo consenso como um dos princípios a reger o processo de mediação, embora o NCPC e o Código de Ética de Mediadores não aborde de maneira expressa este princípio, demonstra-se cristalina a sua importância, tendo em vista que o próprio conceito de mediação está relacionado à busca de um acordo consensual.

No que diz respeito a boa-fé, cuida-se de um princípio de ordem geral, podendo ser aplicado em qualquer área, especialmente às relações sociais. Nos procedimentos de mediação não poderia ser diferente, devendo a boa-fé ser observada, conforme previsão da Lei de Mediação;³⁷ regendo todos os atos daqueles que participam do processo, sejam as partes interessadas ou o próprio mediador, que deverão atuar com lealdade e probidade, seja na exposição dos fatos, com observância da verdade, ou com relação ao comportamento que deverá condizer com a busca pela resolução do conflito, resguardando sempre o respeito

³⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: Lei n. 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 77.

³⁵Lei de Mediação em seu art. 2º, inciso II.

³⁶Lei de Mediação em seu art. 2º, inciso VI.

³⁷Lei de Mediação em seu art. 2º, inciso VIII.

recíproco, haja vista que o princípio da boa-fé está intimamente relacionado com a colaboração das partes, não admitindo-se comportamentos dilatórios.³⁸

Deste modo, as partes e inclusive o mediador deverão se abster da prática de atos considerados inúteis ou desnecessários ao desenvolvimento das negociações. Caso não seja observada a boa-fé por parte de qualquer dos envolvidos, como por exemplo, a intenção de retardar a efetiva solução do conflito, buscando apenas ganhar tempo com o procedimento de mediação, sem qualquer interesse nas negociações; serão acarretadas inúmeras consequências jurídicas, que vão desde a interrupção das sessões de mediação, pelos envolvidos ou pelo intercessor, até a responsabilização civil daquele que por estes atos de má-fé causou prejuízos a outra parte, conforme art. 186 e 927 do CC.

Lembrando que a boa-fé que deve ser levada em questão nos processos de mediação é a objetiva, pois, exige das partes um dever de comportamento que se enquadre em determinados padrões de integridade e compostura, de modo a não decepcionar a expectativa do outro envolvido.

Com relação a atividade desenvolvida pelo mediador, esta deve estar em consonância com o princípio da competência.³⁹ Assim, o facilitador deve deter qualificações técnicas que correspondam ao papel a ser desempenhado, podendo ser profissional das mais diversas áreas, como o Direito, Psicologia, Assistência Social, havendo a necessidade de ter realizado curso específico de capacitação em técnicas de mediação.

De acordo com o Código de Ética, em seu art. 7º, o mediador deveria ser profissional do Direito, limitando-se a magistrados da ativa ou os aposentados e servidores do Poder Judiciário. Contudo, após a implementação da Lei de Mediação, o art. 11, estabelece que poderá ser mediador qualquer pessoa que possua graduação em curso superior há pelo menos 2 anos, além do curso de capacitação para mediação, independentemente da sua área de conhecimento. Ou seja, não há necessidade de o mediador ser da esfera jurídica.

Os mediadores habilitados constarão de cadastros de âmbito nacional e regional, a ser realizado pelos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, ficando sob responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça. A lista com os nomes dos facilitadores de cada Comarca será disponibilizada ao juiz diretor do foro e deverá ser observada a

³⁸MORI, Amaury Haruo. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 1-53, 2009. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=160850>. Acesso em: 26 ago. 2016.

³⁹Previsto pelo art. 1º, inciso III do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores. Resolução do CNJ n. 125/2010. Anexo III.

distribuição alternada e aleatória de trabalho entre os mediadores, prestigiando assim, a imparcialidade. No entanto, há possibilidade de as partes escolherem o mediador que lhes transmite confiança, conforme o art. 4º da Lei de Mediação.

No mais, tanto as partes envolvidas como o profissional de mediação deverão respeitar a ordem pública e as leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, conforme princípio constante da Resolução do CNJ n. 125/2010.⁴⁰

Este princípio influencia diretamente em outros dois, sendo eles a imparcialidade e independência do processo e intermediador. Através da independência do processo de mediação, o facilitador detém liberdade na condução das sessões, podendo alertar ou rejeitar acordos que mostram-se injusto ou ilegais, mesmo que foram firmados de modo consensual entre os litigantes. No mais, o dever de velar para que eventual negociação não viole a ordem pública, nem contrarie a legislação vigente, se sobressai ao dever de imparcialidade do procedimento, pois, mesmo proibidos de intervir de modo direito nas negociações, os mediadores estarão obrigados a emitir sua opinião sobre a ilegalidade ou injustiça, deixando de serem neutros.

Embora a negociação pelas partes e o acordo consensual sejam objetivos da mediação, estes não são os únicos, nem os mais importantes, pois, de acordo com o princípio do empoderamento ou capacidade,⁴¹ há forte necessidade de estabelecer um componente educativo no desenvolvimento do processo de autocomposição, com a finalidade de utilização em futuras relações.

Este modo de educar e ensinar as técnicas de negociação e resolução dos confrontos é possível, a partir do momento em que o facilitador estabelece uma relação com os envolvidos de modo a estimular a comunicação. Assim, espera-se que após o adequado desenvolvimento do processo de mediação, alcançando a melhor solução pelas partes, estas aprendam, mesmo que parcialmente, algum conjunto de técnicas de negociação, aprimorando assim, a comunicação em situações conflituosas.

Já o princípio da validação,⁴² ao promover maior humanização ao procedimento de solução dos conflitos, preconiza a necessidade de reconhecimento recíproco dos interesses e sentimentos, possibilitando a reaproximação dos envolvidos. O trabalho desempenhado pelo

⁴⁰Previsto pelo art. 1º, inciso VI do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores. Resolução do CNJ n. 125/2010. Anexo III.

⁴¹Previsto pelo art. 1º, inciso VII do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores. Resolução do CNJ n. 125/2010. Anexo III.

⁴²Previsto pelo art. 1º, inciso VIII do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores. Resolução do CNJ n. 125/2010. Anexo III.

terceiro intermediário direciona cada litigante para a consciência de seus interesses, emoções e valores, e para a compreensão da decisão que melhor satisfaz suas necessidades.

Validar significa identificar a individualidade dos envolvidos. A validação de emoções consiste em reconhecer os sentimentos que a parte desenvolveu em circunstância da relação conflitiva e abordá-los como uma consequência natural de interesses legítimos que a parte possui. Cuida-se do dever de estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

3.3 Histórico da mediação no Brasil e no mundo

Considerando-se a importância da mediação para a solução dos conflitos, na contemporaneidade, é indispensável uma breve análise do desenvolvimento histórico do instituto. Diante de tantas transformações na sociedade, busca-se a pacificação social e uma solução de menor sofrimento e gasto para os cidadãos.

Conforme os ensinamentos de Lília Maia de Moraes Sales: o fundamento da mediação encontra-se na maiêutica socrática. Cuida-se de um método elaborado por Sócrates, almejando a autorreflexão, que conduzirá o interlocutor ao conhecimento paulatino do objeto em alteração.⁴³

Também encontra-se raízes da mediação nas Leis de Confúcio,⁴⁴ orientadoras dos povos orientais na busca da solução dos litígios, sendo que os mesmos parâmetros são utilizados até os dias atuais. Assim, as desavenças que necessitam da intervenção de uma terceira pessoa para alcançar uma resposta, são levadas primeiramente à presença de um mediador, para só então em casos de impossibilidade de acordo, chegarem ao judiciário.⁴⁵

Grande parte dos conflitos instaurados na sociedade chinesa, em especial os relacionados às questões familiares, são solucionados através das práticas de mediação, aplicadas desde os anos 50 neste país, com o auxílio de uma numerosa equipe de mediadores especializados.⁴⁶

⁴³SALES, Lília Maria de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 30.

⁴⁴Confúcio, foi um pensador e filósofo chinês da era a.C. A filosofia de Confúcio sublinhava uma moralidade pessoal e governamental, os procedimentos corretos nas relações sociais, a justiça e a sinceridade

⁴⁵LAGO, Cristiano Álvares Valladares do; LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 846.

⁴⁶Ibid.

A cultura da mediação no Oriente influenciou de maneira direta a sua aplicabilidade na Europa e Estados Unidos, que receberam imigrantes japoneses e chineses. De tal modo, na década de 70, em decorrência do movimento de "acesso à justiça", que abarrotou os tribunais americanos, surgiu a necessidade de implantação de novos mecanismos de auxílio ao Poder Judiciário. Neste contexto, a mediação foi implantada juntamente com outras técnicas alternativas de resolução de conflitos, denominados de ADRs "*Alternative Dispute Resolutions*".⁴⁷

Nesse cenário, em 1974 o psicólogo e advogado norte americano, Doutor Coogler destacou-se nas pesquisas sobre mediação, sobretudo aplicando as técnicas em sede de divórcio. Ademais, estabeleceu regras sobre as quais o mediador deve se atentar para assistir à solução dos conflitos.⁴⁸

Pouco mais a frente, a Grã-Bretanha, colocou em prática a mediação como meio alternativo de solução das alterações familiares, inaugurando em 1978, o primeiro Serviço de Mediação Familiar, coordenado pela assistente social Lisa Parkinson. Em decorrência do movimento "*Parents Forever*",⁴⁹ houve grande propagação da mediação no país.⁵⁰

Já na Austrália e no Canadá, no início dos anos 90 era possível identificar o movimento da mediação. O Procurador Geral da República, da Austrália, propôs a extensão do ADR ao trabalho dos Tribunais e o Governo de Quebec, Canadá, promulgou uma legislação dispondo que casais e filhos envolvidos em disputas familiares receberiam acesso à uma sessão de informação e cinco sessões de mediação, de maneira gratuita. Logo mais, surgiram diversas associações que impulsionaram a criação do programa *Court Connected Mediation*, o qual passou a recomendar a mediação como mecanismo antecessor às decisões judiciais.⁵¹

Embora o instituto da mediação tenha chegado à França nos anos 80, foi em 1995 que houve a sua regulamentação junto ao Código de Processo Civil francês, juntamente com a conciliação. Além disso, os franceses já cultivam a tradição de resolução de disputas baseadas

⁴⁷LAGO, Cristiano Álvares Valladares do; LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 847.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Trata-se de um programa de extensão da *Univerity Minnesota*, que auxilia famílias que sofreram a ruptura da conjugalidade e enfrentam modificações na guarda de filhos. O programa disponibiliza cursos educacionais que mostram aos pais os impactos causados pela transição da família e oferece estratégias que auxiliam ambos os pais e os filhos a ajustarem suas novas vidas.

⁵⁰LAGO; LAGO, loc. cit.

⁵¹Ibid.

em diferenças sociais, comerciais e empresariais, através da negociação, outro modo alternativo de solucionar as contendas.⁵²

Dentre os países da América do Sul, merece destaque a Argentina, que privilegia a mediação, inclusive incluindo-a dentre as disciplinas ministradas nas universidades, além de existir legislação específica sobre a carreira de mediador, que regula as atividades e estabelece a ética na profissão. Deste modo, a lei argentina sobre mediação, esclarece em quais situações ela se faz obrigatória e traça regras abrangentes e pormenorizadas sobre a sua aplicação.⁵³

Por fim, no Brasil, no ano de 1995, foi publicada a Medida Provisória n. 1.053,⁵⁴ que veio a ser substituída pela Medida Provisória n. 1.079,⁵⁵ que abordou a mediação nas Negociações Coletivas nas Relações de Trabalho, no mais, o Decreto n. 1.572/95⁵⁶ criou o cadastro de mediadores junto ao Ministério do Trabalho. Contudo, não se exigia habilitação técnica destes mediadores, levando a grande insatisfação nestes processos, caindo tais práticas em desuso.

Em 1998, foi proposto Projeto de Lei n. 4.827/98,⁵⁷ na Câmara dos Deputados, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, com participação do Desembargador Antonio César Peluzo, dos Advogados Luiz Caetano Antunes, Águida Arruda Barbosa e das Psicólogas e Psicanalistas Eliana Riberti Nazareth e Giselle Câmara Groeninga, que definia a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

No início dos anos 90, surgiu outra proposta legislativa. Um grupo de juristas processualistas, coordenado por Ada Pellegrine Grinover, elaboraram um novo projeto de lei da mediação, abrindo o tema para debates públicos. Assim sendo, em 2003 houve uma audiência pública com o objetivo de conciliar os dois projetos de lei, o anteriormente proposto

⁵²LAGO, Cristiano Álvares Valladares do; LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 848.

⁵³Ibid.

⁵⁴BRASIL. Medida Provisória n. 1.053, de 30 de junho de 1995. Dispõe sobre medidas complementares ao plano real e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1053.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁵⁵Id. Medida Provisória n. 1.079, de 28 de julho de 1995. Dispõe sobre medidas complementares ao plano real e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1079.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁵⁶Id. Decreto, n. 1.572, de 28 de julho de 1995. Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁵⁷RIBEIRO, Zulaiê Cobra. Projeto de Lei n. 4.827, de 10 de novembro de 1998. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 3 dez. 1998. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

na Câmara dos Deputados e o de autoria dos processualistas. Os debates surtiram efeito e logo nasceu a versão consensual que foi direcionada ao Senado, para os trâmites legislativos.⁵⁸

Logo mais foi publicada a Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

3.4 A mediação familiar como instrumento na busca pelo consenso parental

No âmbito do Direito de Família, os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, mostram-se ainda mais complexos, a falta de estrutura deste órgão, diante da crescente demanda, desfavorece uma análise mais minuciosa e cuidadosa do profissional na apreciação do caso concreto. Além disso, a lide que envolve as questões familiares, de maneira geral, diz respeito a relacionamentos desfeitos, em que os envolvidos enfrentam o estresse da transformação da família, e não encontram o espaço adequado para trabalharem as questões afetivas, proporcionando, muitas vezes decisões judiciais que não satisfazem qualquer das partes, que conseqüentemente, retornam ao Judiciário para dirimir suas demandas.⁵⁹

Por consistir em um processo não adversarial, possibilita um acordo amigável entre as partes e facilita a posterior adequação aos compromissos assumidos, se necessário, evitando-se assim, novos confrontos e demandas judiciais. Além disso, o principal objetivo da mediação é a composição de um processo no qual privilegia-se o diálogo e a regulação das disputas num espírito de compreensão e de cooperação conjunta.

É fato que, os desentendimentos, em especial, no âmbito familiar, têm origem na dificuldade de comunicação dos seus membros, que se inicia pela difícil compreensão dos próprios sentimentos, decorrente da não identificação das funções que cada um deve exercer no sistema familiar. O evento separação, especialmente quando acompanhado da litigiosidade, evidencia ainda mais a comunicação inadequada, permeada pela linguagem do conflito, refletindo assim, na dificuldade enfrentada pelos filhos em dialogar com os pais litigantes, fazendo com que aqueles se sintam em verdadeira situação de abandono.

Em situações como esta, a mediação familiar permite restaurar a comunicação fundada na intercompreensão, fazendo com que os ex-consortes compreendam a distinção de

⁵⁸BARBOSA, Águida Arruda, **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

⁵⁹BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 146.

suas funções, tornando-se cristalina as diferenças entre o casal conjugal, que rompeu-se, e o casal parental, que deverá se fortalecer para ter continuidade.⁶⁰

Quanto ao mais, a mediação identifica-se como reguladora das relações ainda não estabilizadas num determinado campo. No âmbito familiar, a mediação se interessa por questões abordadas pelos genitores, cônjuges, filhos e demais membros pertencentes ao agrupamento familiar, precisamente porque as modificações alcançadas pelo instituto família, expõe todos os seus membros a situações inesperadas.⁶¹

Neste sentido, Águida Arruda Barbosa define a mediação familiar como:

Assim, a mediação familiar pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se responsabilizam pelos vários papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe.⁶²

Os conflitos familiares possuem dupla especificidade, pois, antes de serem confrontos ligados ao direito, são primeiramente desordens afetivas, psicológicas, conflitos de relacionamento, acompanhados pelo sofrimento; referem-se a casais que, mesmo diante da ruptura, necessitam imperativamente manter as relações de pais, em seu próprio interesse e fundamentalmente em proveito dos filhos.

Neste contexto, a solução judicial sozinha não é suficiente, além de ser, muitas vezes, inapropriada às necessidades dos consortes e da prole que encontram-se extremamente fragilizados e se comunicando por uma linguagem inadequada.⁶³ Desta feita, a mediação é uma forma de complementar e auxiliar à Justiça, buscando a transformação das disputas em acordos pacíficos, objetivando um menor esgotamento emocional, econômico e social.

Discussões e mazelas surgem no âmbito da separação, em especial pela forte cultura implantada pela culpa do fim da conjugalidade, até pouco tempo considerada requisito para o divórcio. No entanto, também existem diferentes maneiras de conduzir as controvérsias, sem a necessidade de designar um culpado perante a sociedade. Deste modo, a mediação estará direcionada ao acompanhamento de casais que, conquanto não pretendam manter o relacionamento conjugal, preocupam-se com as questões parentais decorrentes desta

⁶⁰BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19. p. 39.

⁶¹GARCIA, Célio. Dinâmica da mediação. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 352.

⁶²BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma convivência interdisciplinar. In: GROENINGA, Giselle Câmara. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 342.

⁶³BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 153.

ruptura, de tal modo, as responsabilidades parentais, inclusive a convivência dos genitores com a prole, serão discutidas e negociadas objetivando o entendimento nas sessões de mediação, evitando intermináveis batalhas judiciais.⁶⁴

Além disso, a preservação de vínculos parentais de filhos e pais separados é um dos principais objetivos da mediação familiar, levando em consideração que a conjugalidade chega ao fim, mas a parentalidade permanece, devendo-se preservar e atender aos princípios da parentalidade responsável e o melhor interesse da criança e do adolescente.

As características de interdisciplinaridade que envolvem a mediação de família, possibilitam ao mediador a identificação de um processo através das técnicas de facilitação, estabelecendo o contexto do litígio existente, com o auxílio da Psicologia, verificando necessidades e interesses por meio de recursos em assistência social e produzindo decisões consensuais, com auxílio do Direito.

Deste modo, o caráter interdisciplinar da mediação, envolvendo aspectos jurídicos, sociais e psicológicos dos relacionamentos, poderá auxiliar de maneira mais apropriada os ex-cônjuges/companheiros na resolução do litígio em comum, buscando um acordo que satisfaça ambas as partes e ajude a superar o fim da relação conjugal.

Por conseguinte, no direito de família, a mediação mostra-se essencial, encontrando um profícuo terreno fértil, tendo em vista que ajudará as partes, em momento de dor e angústia, a identificar e separar as questões materiais dos envolvimento emocionais, resguardando deste modo todos os participantes do processo, o que por sua vez, não poderia ser feito pelo Judiciário, que possui características formais, dificultando o atendimento individual e particularizado. Destarte, a mediação circundada pela informalidade e simplicidade dos procedimentos, no qual a solução não é imposta, mas negociada entre as partes envolvidas, por autocomposição, suprime em grande parte os traumas causados por decisões judiciais.

Assim, a mediação constitui-se em alternativa ao processo litigioso, principalmente nas situações relacionadas ao divórcio, como a guarda de filhos, direito de visitas e alimentos, sendo que as negociações levarão em conta as necessidades não apenas dos consortes, mas, especialmente, da própria família, dando prioridade aos interesses dos

⁶⁴AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 1021.

filhos. De tal modo que se possibilitará uma transação duradoura e mutuamente aceitável, com o espírito de corresponsabilidade parental.⁶⁵

3.5 Os reflexos da mediação na efetivação da guarda compartilhada

Deve-se ter em mente, que as transformações, defendidas com a guarda compartilhada, correm o risco de, diversas vezes, estarem destinadas a não provocar mudanças efetivas. Destarte, a custódia conjunta deve ser seguida de modificações no tratamento que o sistema propicia aos jurisdicionados, possibilitando o fim da conjugalidade ou do relacionamento, com o planejamento da futura rotina da família que passa por esta transformação. Deste modo, pode-se privilegiar a mediação familiar interdisciplinar, como via para restabelecer a comunicação.⁶⁶

De tal sorte, a mediação é considerada um instrumento disponível para os genitores, que auxilia na corresponsabilidade parental, no entanto, exige completo comprometimento de ambos, com a finalidade de tornar o fim do relacionamento menos doloroso e, conseqüentemente, menos traumático para os filhos.

Portanto, à medida que os mediandos conseguem redimensionar o litígio, percebem que é necessário superar, ou ao menos separar, a ruptura do relacionamento das decisões parentais. Proporcionando assim, uma perfeita distinção entre parentalidade e conjugalidade. Pois, na mediação, busca-se uma nova percepção da presente situação, a fim de que os filhos não sejam prejudicados.

No mais, embora a nova legislação da guarda compartilhada estabeleça que esta deverá ser determinada de modo obrigatório, ressalta-se, por oportuno, que esta atitude compulsória poderá levar a guarda conjunta à inexecuibilidade, já que torna-se fundamental um mínimo de comunicação qualificada entre os pais, os quais, por conseguinte, não poderão estar em relação litigiosa. Com o auxílio da mediação, os genitores terão a oportunidade de separar os resquícios negativos do casal conjugal que chegou ao fim, compreendendo a transformação enfrentada pela família.⁶⁷ De tal modo, diante dessa conscientização do casal

⁶⁵RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1). p. 912.

⁶⁶GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 150.

⁶⁷BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 54.

parental, se constrói um espaço que lhes consente promover mudanças de comportamento, inclusive, a compreensão de uma nova forma de convivência com os filhos.

Destarte, a guarda compartilhada deve ser compreendida como um conhecimento interdisciplinar, de complexidade, cuja prática exige acompanhamento, tanto na construção de um sistema único para aquela família (não há mais modelo universal na contemporaneidade) como o suporte periódico de conteúdo pedagógico - mediação preventiva - até que o casal parental esteja seguro para lidar com a nova forma de convivência. Portanto, ela só é possível por meio da mediação familiar.⁶⁸

Nas decisões judiciais que dizem respeito a guarda de filhos, por mais que o juiz detenha boa vontade e esforços para elaborar um plano de rotina, dificilmente, conseguirá compreender todas as particularidades daquela família. Ademais, de maneira diversa do processo judicial, no qual, os advogados representam a vontade das partes e o magistrado decide, na mediação são os próprios genitores que tomarão as decisões, sem interferências e livres de mal entendidos. Deste modo, quando os pais conseguem criar um plano de parentalidade, essa decisão tende a ser mais duradoura e inclusive, ser mais flexível com as necessárias adaptações que poderão ocorrer, pois são as pessoas mais habilitadas para alcançar uma solução que melhor atenda aos interesses da prole, visto que conhecem profundamente suas necessidades.⁶⁹

Insta enfatizar que o modelo de guarda compartilhada não tem relação com o tempo que cada genitor terá com os filhos, embora seja necessário tempo suficiente para que o genitor que não resida sob o mesmo teto, possa se envolver em todos os aspectos da vida da criança/adolescente. Contudo, o foco não é a duração, mas sim, a qualidade da relação materno/paterno-filial devendo dar prioridade à rotina dos filhos, buscando uniformizá-la.⁷⁰

Para Anna Beraldo, o diálogo entre os genitores também é ponto crucial para o desenvolvimento do plano convivência com os filhos:

Pais cooperativos tendem a desenvolver arranjos mais flexíveis e pais em conflito, arranjos mais rígidos, envolvendo litígio e associados a níveis menores de ajuste da criança. O ideal é se buscar um plano de convivência que proporcione aos filhos o convívio com ambos os genitores, mas que não sobrecarregue a rotina das crianças. Neste sentido, o ponto crucial é saber em que circunstâncias a guarda compartilhada é benéfica para as crianças.⁷¹

⁶⁸BARBOSA, Águida Arruda. **Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceria necessária**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://editoramagister.com/doutrina_26542223_GUARDA_COMPATILHADA_E_MEDIACAO_FAMILIAR_UMA_PARCERIA_NECESSARIA.aspx>. Acesso em: 9 jan. 2017.

⁶⁹Id. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

⁷⁰MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 234.

⁷¹BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 156.

No processo de mediação cujo objetivo é a fixação da guarda compartilhada, por escolha dos pais, a participação dos filhos crianças/adolescentes, certamente pode colaborar para o bom desempenho deste procedimento, "[...] a ampliação de suas vozes, seja de forma direta ou indireta, permite que os tornem participantes ativos das suas próprias vidas."⁷² Essa escuta propicia a quebra da visão conflituosa entre os genitores e facilita o acordo entre eles. Vale destacar que, o mediador estará obrigado a buscar as necessidades da criança/adolescente envolvidos na disputa e deverá estar apto a entrevistá-los quando for apropriado, assim, os filhos têm mais liberdade e seus desejos são ouvidos, e não ignorados, como ocorre nos arranjos rígidos.

Deste modo, constata-se que a guarda conjunta quando bem organizada, na qual as responsabilidades pelas efetivas funções no âmbito familiar são bem assumidas, genitores e a prole tornam-se mais próximos e colaborativos do que antes do fim do relacionamento, quando os conflitos do casal conjugal interferiam nas relações paterno/materno-filiais.

Portanto, para que a guarda compartilhada se torne eficaz e atinja aos melhores interesses dos filhos, na busca de melhor convívio com os pais, diminuindo o sofrimento decorrente do fim da conjugalidade, o apoio da mediação interdisciplinar, mostra-se fundamental, pois, objetiva o resgate da responsabilidade parental através da reestruturação da comunicação adequada.

Entretanto, tanto a mediação como a guarda conjunta se esbarram em impedimentos, não se aplicando à determinadas situações. O principal empecilho é a falta de interesse de um dos genitores em exercer o compartilhamento da guarda, por se sentir inabilitado em assumir as responsabilidades parentais. Consequentemente, sentem-se também, desmotivados a participar das sessões de mediação. Nestas situações, deve haver a conscientização deste genitor despreparado para exercer a responsabilidade parental, assim, o Judiciário simbolizando a pressão da lei sobre o indivíduo, pode despertar uma atitude mais madura e apta a aceitar a ajuda ofertada pela mediação.⁷³

No mais, cabe mencionar, que a mediação não é a salvação e muito menos o milagre para todos os conflitos. Em algumas situações, ela não funciona. Para que a mediação seja efetiva, faz-se necessário o exercício constante de escuta qualificada do outro genitor em uma verdadeira parceria entre os pais.

⁷²BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 201.

⁷³BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 169.

3.6 Outros instrumentos facilitadores para o exercício da guarda compartilhada

Realizada a análise sobre a importância do instituto da mediação familiar como instrumento facilitador à efetividade da guarda conjunta de filhos, torna-se indispensável a verificação de outros mecanismos auxiliares de seu exercício no melhor interesse e proteção dos filhos menores de idade.

O fato de haver legislação que introduziu a guarda compartilhada no Brasil e regulamentou a sua aplicabilidade no Direito das Famílias pátrio, não irá, por si só, promover uma mudança de mentalidade por parte da sociedade. Neste contexto, assim como a primeira lei de guarda compartilhada, sancionada em 2008, não obteve os resultados almejados, encontrando forte resistência por parte dos aplicadores do Direito, seja pelo desconhecimento daquele instituto, seja pelo fato de a grande maioria dos casos, o divórcio estar acompanhado de mágoas e conflitos, dificultando a comunicação entre os ex-consortes; a simples reestruturação do texto legal que deu origem à nova lei de guarda compartilhada de dezembro de 2014, não solucionará os problemas enfrentados pela antiga legislação, ao contrário disso, provocou grande insatisfação por parte da doutrina; e ao ser aplicada, pelo magistrado, de maneira compulsória, dificilmente se tornará efetiva.

Deste modo, não é porque essas legislações foram elaboradas que haverá automaticamente uma participação mais intensa de ambos os pais na vida de seus filhos. É necessário que o Estado atue por caminhos distintos, principalmente no sentido de conscientização do casal parental, por meio de programas do Governo, como treinamento e formação de profissionais, pertencentes ao Poder Judiciário, ou não, para que estejam habilitados a receber estes conflitos familiares e oferecer a ajuda necessária.

3.6.1 Transmediação de conflitos

Assemelhando-se à mediação, a transmediação, modalidade criada e desenvolvida na Universidade São Judas Tadeu pela Professora Annie Dymetman, é um novo modelo extrajudicial, de conduzir e de dissolver controvérsias, o processo também ocorre mediante a intervenção de um terceiro imparcial que assim como na mediação, não tem poder decisório. O intercessor é denominado de transmediador, que atua junto aos indivíduos envolvidos no conflito, desde um ponto de vista amplo e incluyente, visando alterar a percepção do mediando acerca da contenda.

Para Annie Dymetman, a transmediação pode ser definida como:

A transmediação é uma forma extraprocessual e extra judicial de lidar com os conflitos diferenciando-se, no entanto, de todas as outras práticas denominadas alternativas - como a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação propriamente dita. Estas últimas foram desenvolvidas como respostas à crescente ineficiência, morosidade e altos custos do sistema judiciário e, portanto, são-lhe complementares, tendo em comum com ele, inclusive, o objetivo maior, que é a resolução dos próprios conflitos, o que, além da complementaridade, também lhes conota um espírito de continuidade com as formas processuais e judiciais do Direito positivo.⁷⁴

Na transmediação não se busca necessariamente o acordo, que pode, ou não, ocorrer, mediante autocomposição. O objetivo é a mudança pessoal e a superação das mágoas e rancores e do trauma provocados pela situação conturbada, configura-se como uma forma contemporânea de entender o conflito e lidar com ele, transformando-o.

O ponto que provoca a diferenciação entre a mediação e a transmediação é o fato de que o transmediador pode trabalhar com apenas uma das partes, não sendo necessário o comparecimento de todos os envolvidos no conflito. Tal particularidade se mostra um diferencial positivo, pois, embora o magistrado, promotor de justiça e advogado dos envolvidos possam e muitas vezes tenham o dever de aconselhar e indicar a mediação interdisciplinar, esta possui característica de voluntariedade, ou seja, ambas as partes devem optar pelo procedimento de mediação.

No entanto, a transmediação, ao trabalhar com apenas um lado do conflito, mostrou-se eficaz, pois, permite que a parte transmediada transforme a sua visão do litígio, tornando-se aberta à comunicação com a outra parte, que por sua vez, ao perceber as mudanças de comportamento daquela, torna-se mais propícia ao diálogo.

O objetivo inicial deste método elaborado por Annie Dymetman era a dissolução dos conflitos entre alunos da Universidade São Judas Tadeu, tais como assédio moral, assédio sexual, questões raciais e *bullying*; como alternativa aos Inquéritos Disciplinares que possuem finalidade punitiva e não pedagógica. O resultado foi tão positivo que ampliou o atendimento ao público externo, dedicando-se especialmente às áreas empresariais e aos conflitos familiares em suas diversas vertentes, sejam relacionadas ao divórcio, guarda de filhos, visitas, alimentos, reconhecimento de paternidade, dentre outros.

Assim, a prática deste método inovador de transformação dos conflitos, nesta renomada universidade, disseminou a cultura da paz, em especial no curso de Direito, ainda

⁷⁴DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos**: dissolver para resolver. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 9.

fortemente imbuído de tradição contenciosa. No mais, este exemplo deve ser seguido pelas demais instituições do país, seja pela implementação de disciplinas na grade curricular, que ressaltem a importância da dissolução das contendas e não a sua simples solução, seja pela disponibilização de serviços como este para o atendimento populacional.

3.6.2 Coordenação de parentalidade

A figura do coordenador de parentalidade ou coordenador parental surgiu nos Estados Unidos e no Canadá na década de 90, projeto implantado com êxito, que tem por objetivo diminuir o impacto emocional de um divórcio litigioso ou de relacionamentos conturbados com filhos menores de idade.⁷⁵

Trata-se de um colaborador judicial incumbido de prestar auxílio aos membros que enfrentam um momento de transição e transformação da família, decorrente da ruptura dos enlaces matrimoniais, permitindo que estes casais aprendam a administrar seus conflitos e alcançar uma solução harmônica para as desavenças familiares.

O divórcio e fim de relacionamentos tornam-se cada vez mais corriqueiros, e não devem ser vistos como um ponto negativo, haja vista que dão oportunidade para o reconhecimento de outros modelos familiares, tais como: a família recomposta ou mosaico. Entretanto, sabe-se que a ruptura da conjugalidade e as decisões judiciais subsequentes, exigem uma adaptação por parte dos genitores, a fim de que as modificações enfrentadas na organização da vida familiar afetem minimamente o controle emocional da prole. Ocorre que, nem sempre o casal parental terá maturidade suficiente ou estabilidade emocional para oferecer tal colaboração, colocando em risco, a aplicabilidade das decisões judiciais que envolvem os interesses dos filhos.

Nestas situações, o coordenador parental atua como auxiliar do magistrado na implantação efetiva das determinações judiciais, podendo gerir o conflito e direcionar a família até a normalização da nova condição relacional familiar, fazendo com que esta aceite a atual conjuntura e adquira capacidade de autogestão, buscando eliminar os possíveis prejuízos à prole e permitir que os infantes desenvolvam sua personalidade em um clima pacífico.⁷⁶

⁷⁵MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 168.

⁷⁶Ibid.

Este papel de coordenação de parentalidade pode ser desenvolvido por profissionais da psicologia ou assistentes sociais especializados no comportamento humano e relações familiares, que acompanharão os genitores com o objetivo de auxiliá-los na programação e exercício do plano de parentalidade, podendo inclusive, propor alterações no cotidiano da criança/adolescente, desde que não interfira na sentença e nem cause prejuízos aos filhos.

Vale mencionar que, o profissional pode ser de livre escolha dos genitores ou indicação do magistrado, desde que haja concordância do casal parental. O tempo de atuação do coordenador deve ser de aproximadamente três meses, podendo ser estendido pelo juiz, que por sua vez, deverá receber todas as informações relevantes sobre esta atuação, seja no sentido de acolhimento das sugestões, por parte dos pais, ou no caso de discordância destes, o profissional deve indicar propostas que sejam convenientes para a aproximação dos pais e filhos.⁷⁷

Para a psicóloga Marisol Ramoneda, que exerce a função de coordenadora parental, as atribuições deste profissional se resumem a:

Educar sobre temas de: comunicación, gestión de conflictos, etapas evolutivas, impacto del divorcio y del conflicto parental en los hijos...

Recomendar como implementar algunos de los elementos del Plan de Parentalidad (cambios en los horarios parentales, planificación de las vacaciones, logística en los intercambios entre una casa y la otra...)

Proponer maneras de redistribuir el tiempo que los hijos pasan con los padres para reducir la conflictividad.

Gestionar y promover la comunicación entre los progenitores.

Coordinar, si es necesario, la actuación de los diversos profesionales y sistemas involucrados (escuela, sanidad...).

*Decidir sobre algunas cuestiones que habrán sido recogidas en el acuerdo firmado.*⁷⁸

Por ser um instituto de apoio à execução das sentenças, a coordenação de parentalidade mostra-se um instrumento facilitador ao exercício da guarda compartilhada, permitindo que esta seja aplicada de maneira efetiva. Pois, muitas vezes o magistrado se depara com situações de desconfiança ao determinar a guarda conjunta, preferindo então, a aplicação da guarda unilateral, para que os filhos não sejam acometidos de maiores prejuízos. Desta feita, dispondo de apoio do coordenador parental, o juiz poderá definir a custódia compartilhada, cujo exercício será acompanhado de perto por aquele profissional, e ao final

⁷⁷MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.p. 170.

⁷⁸RAMONEDA, Marisol. **Apoyo psicológico en procesos de separación y divorcio.** Cataluña, [201-]. Disponível em: <<http://www.coordinadorparental.com/coordinacion-parental.cfm>>. Acesso em: 9 jan. 2017. (grifo do autor).

deste trabalho, chegará a conclusão pela manutenção desta modalidade de guarda, por ser eficaz e atingir o melhor interesse dos filhos, ou, pela sua reversão, por eventualmente ter efeitos contrários aos desejados.

É certo que a implantação deste instituto encontrará barreiras, em especial relacionadas à insuficiência de recursos e de mão de obra especializada para a introdução oficial de novas figuras auxiliares da justiça. Contudo, como dito anteriormente, havendo condições, o coordenador parental pode ser contratado de comum acordo e às despesas dos genitores.

3.6.3 Oficinas de parentalidade

Outro mecanismo que tem se desenvolvido buscando o acordo parental, inclusive com apoio e implantação do CNJ, são as chamadas oficinas de parentalidade. Originado em programas implantados nos Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Itália, cuida-se de projeto educacional interdisciplinar e preventivo, voltado às famílias em litígio.

No Brasil, a iniciativa de implantar a "Oficina de Pais e Filhos" foi da juíza Vanessa Aufiero da Rocha, titular da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Vicente, Estado de São Paulo, também coordenadora do CEJUSC deste mesmo Município. A magistrada sentiu necessidade de buscar novas abordagens a serem utilizadas pelo Judiciário, proporcionando maior orientação aos pais que enfrentam o árduo caminho do divórcio. Deste modo, as oficinas possuem uma perspectiva relacionada à cultura de paz e educação transformadora para uma reestruturação familiar.⁷⁹

Trata-se de um encontro, de aproximadamente quatro horas, promovido por voluntários de diversas formações, como, psicólogos, advogados e juizes que enfatizam a importância da responsabilização dos genitores por suas condutas, buscando restabelecer a comunicação entre eles.

Os filhos também descobrem o seu espaço nestes encontros, por meio da "Oficina de filhos", na qual são reunidas crianças e adolescentes de 6 a 17 anos que poderão expressar seus sentimentos e expectativas, trocar experiências e criar táticas para lidar de maneira menos dolorosa com o conflito de seus pais.

Assim, os genitores são reunidos em uma sala, onde encontram outros pais e mães que passam pela mesma situação. Os jovens, filhos dos casais que participam da oficina, são

⁷⁹BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 214.

subdivididos em dois grupos: crianças de 6 a 11 anos se reúnem em ambiente com outras crianças e os adolescentes de 12 a 17 anos, permanecem juntos em outro local. Desta feita, realizada a divisão destes membros, os voluntários iniciam o encontro elucidando o quão comum é o divórcio e deixam claro que este não extingue a família, mas apenas põe fim à figura do casal conjugal. No mais, esclarecem que é um momento de difícil adaptação, decorrente das mudanças sociais e reorganização dos papéis parentais, além de que as consequências do divórcio na vida dos filhos dependem da conduta dos pais.⁸⁰

Nestas oficinas são distribuídas cartilhas aos pais, buscando demonstrar os efeitos da inimizade do casal parental na vida dos filhos, além de incentivar as boas práticas parentais e eliminar dúvidas sobre questões jurídicas como alimentos, guarda dos filhos, convivência familiar, alienação parental e formas consensuais de resolução dos conflitos.⁸¹ Os filhos também recebem a sua própria cartilha, cujo objetivo é melhorar a comunicação destes com seus genitores, além de esclarecer os direitos daqueles, como o de não ser interrogado pelos pais ao término das visitas; de não ser usado como mensageiro entre os ex-consortes; o de não presenciar discussões; o direito de não ter que escolher entre um ou outro, nem se sentir responsável ou culpado por esta situação conflituosa.⁸²

Quanto mais cedo as partes forem encaminhadas para a oficina, maiores são as chances de harmonização. As oficinas normalmente são recomendadas pelas Varas de Família, ao receber a petição inicial de ações judiciais decorrentes da ruptura do vínculo conjugal, como divórcio, disputa da guarda dos filhos e regulamentação de visitas. O ideal é que este encontro ocorra antes da audiência de conciliação ou mediação, mas nada impede que as partes sejam encaminhadas à oficina em outras fases do processo, podendo ser pré-processual ou até mesmo após o acordo.

Diante dos bons resultados apresentados por estas oficinas, vários Tribunais aderiram a esta prática. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça tem buscado criar multiplicadores, inclusive, através da Recomendação n. 50⁸³ de 8 maio de 2014, na qual,

⁸⁰BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.. p. 215.

⁸¹Ibid. p. 214.

⁸²INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Oficina de pais e filhos**: projeto pioneiro no Brasil pretende ajudar pais e filhos envolvidos em divórcios litigiosos. Belo Horizonte, 30 nov. [2012]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4949/novosite>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁸³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 50, de 8 de maio de 2014. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 9 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

incentiva a todos os Tribunais de Justiça para que adotem oficinas de parentalidade como política pública na resolução e prevenção de conflitos familiares.⁸⁴

Segundo o ex-conselheiro do CNJ Emmanoel Campelo “Todos os magistrados que tiveram contato com essa oficina relatam números cada vez mais impressionantes de sucesso, o que nos motiva a levar a iniciativa para o Brasil inteiro.”⁸⁵ Nesta perspectiva, em novembro de 2015 houve o lançamento da versão online das oficinas de parentalidade para pais e mães, com o objetivo de difundir em todo o território nacional o conteúdo das oficinas presenciais.

O conteúdo da oficina online está disponibilizado gratuitamente através da área destinada ao Ambiente Virtual de Aprendizagem do portal do CNJ. Para ter acesso à oficina, é preciso apenas que os interessados preencham um formulário online, a fim de obter um *login* e uma senha de acesso. Não é necessário que os pais sejam indicados por um Tribunal ou por outro órgão da Justiça ou que tenha algum processo da área do Direito de Família em trâmite no Judiciário.

No mais, o conteúdo programático destas oficinas online, é composto por cinco módulos, sendo eles, a experiência da separação para os adultos; a experiência da separação para seu filho; você, seu filho e seu par parental; alienação parental; escolhas. Para avançar no curso, e ter acesso ao módulo seguinte, é necessário realizar o questionário avaliativo do módulo atual e atingir determinada pontuação. Além disso, as atividades de aprendizagem estão distribuídas entre conteúdos interativos, vídeos temáticos e textos, além do fórum de interação, no qual os genitores poderão interagir e trocar mensagens com os demais participantes da oficina.

Desta feita, a oficina de pais e filhos surge como um instrumento à disposição dos profissionais que atuam no âmbito do Direito de Família, permitindo que estes auxiliem os casais e seus filhos envolvidos em divórcios, a transformar os conflitos psicoemocionais e não apenas solucionar o conflito judicial. Assim, este poder transformador, através da educação, poderá ser a chave para a aplicabilidade da guarda compartilhada.

⁸⁴ Art. 1º, inciso I da Recomendação n. 50 de 8 de maio de 2014 do Conselho Nacional de Justiça.

⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Versão online auxiliará na difusão das oficinas de parentalidade.** Brasília, DF, 5 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80843-versao-online-auxiliara-na-difusao-das-oficinas-de-parentalidade>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CONCLUSÃO

Transformações relevantes ocorreram nos últimos anos na sociedade, afetando a forma como o Direito regula as relações sociais e, particularmente, as relações familiares. Essa nova perspectiva ocasionou a modificação da ordem jurídica, criando funções à entidade familiar, com a finalidade de promover a parentalidade como fonte de direitos e obrigações em benefício dos filhos.

Deste modo, se na Roma antiga os filhos eram considerados propriedade do *pater familias* que inclusive, detinha poderes de decisão sobre a vida e morte da prole; na atualidade, houve uma evolução do instituto de proteção aos filhos, que devem ter os seus interesses resguardados, através do exercício da autoridade parental, composta por direitos e deveres atribuídos aos pais.

A autoridade parental é decorrente da parentalidade e permanece enquanto os filhos forem menores de idade e não emancipados. Assim, é irrelevante a existência ou não de relacionamento entre os genitores, pois o fortuito final desta relação não altera o laço parental, mantendo-se iguais direitos e deveres.

Contudo, quando o casal conjugal deixa de existir, surge a necessidade de redistribuir as funções parentais, para o adequado exercício da autoridade parental, que ocorrerá através de um dos seus atributos, ou seja, a guarda dos filhos.

Desta feita, a guarda que antes era comum, decorrente da paternidade/maternidade, agora, será fixada por determinação judicial ou por consenso entre os genitores. Atualmente, duas são as modalidades de guarda presentes no sistema normativo brasileiro: a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Na guarda unilateral, a custódia física e jurídica dos filhos é concedida a apenas um dos genitores, sendo que ao outro genitor é permitido o direito à convivência com a prole e à fiscalização das atividades exercidas pelo guardião.

Já com relação à guarda compartilhada, esta consiste na responsabilização conjunta de ambos os pais no tocante aos filhos, conferindo àqueles, os mesmos direitos e deveres para o exercício da guarda; é tida como preferencial, inclusive, possui caráter de obrigatoriedade, conforme legislação atual.

Contudo, a guarda conjunta não deve ser confundida com a custódia alternada, em que ocorre o revezamento de residência por parte dos filhos, e a guarda é exercida de maneira exclusiva por cada um dos genitores, em momentos diferentes. Deste modo, o

compartilhamento da guarda está relacionado à custódia jurídica dos filhos, e não à material; o adequado será então, que os filhos permaneçam com a residência fixa na casa de um dos pais, mas com ampla convivência com o outro genitor.

Uma das questões levantadas neste trabalho foi a reflexão sobre se a guarda conjunta é, de fato, a solução mais apropriada e se ela deveria ser imposta nas situações conflituosas.

Deveras, a guarda compartilhada é o modelo que melhor atende aos interesses dos filhos. No entanto, para que a aplicabilidade da guarda conjunta ocorra de modo saudável e efetivo, mesmo havendo descontentamento em relação às condutas conjugais, mostra-se imprescindível a colaboração dos ex-consortes, em nome do melhor interesse dos filhos, para que então possam tomar as melhores decisões acerca da prole.

A imposição coercitiva pelo judiciário nem sempre implicará em boa solução, principalmente nas situações onde prevalece forte litígio entre os genitores, de tal sorte que pode vir a ser relegada a margem das decisões impraticáveis.

Logo, não se mostra oportuno dizer que, a guarda conjunta disputada por ambos os genitores seja obrigatória, ao contrário disto, a guarda compartilhada deverá, sempre que possível, ser aconselhada e preferível, portanto, mostra-se mais apropriada a anterior redação do artigo 1.584, § 2º, CC; sendo que é permitido ao juiz, o julgamento conforme os interesses e direitos das partes, devendo-se destacar que o interesse dos filhos deve ser priorizado, e justamente por esta razão, em situações que denotem a inconveniência da adoção da guarda concomitante, esta jamais poderá ser aplicada compulsoriamente.

Em vista disto, o correto é mencionar e encorajar a guarda compartilhada no ordenamento, mas não considerá-la uma solução para todos os casos.

Em verdade, o que precisa ser preconizado é a participação mais atuante dos genitores e a utilização de métodos apropriados para a transformação dos conflitos para que então, o casal parental possa chegar a um consenso sobre o que é melhor para os seus filhos e possam compartilhar as responsabilidades, que envolvem o dever de criá-los e educá-los em um ambiente livre de más influências e conflitos, propiciando o bom desenvolvimento físico e psíquico da criança/adolescente.

Por conseguinte, esta pesquisa procurou esclarecer que, nas questões familiares, especialmente nas que envolvem a guarda de filhos, o Judiciário diversas vezes não consegue atender a contento as necessidades dos genitores e, principalmente, dos filhos. Pois, a estrutura rígida e formalista deste Poder, tende a favorecer a intensificação do conflito entre as

partes, que antes de ser um litígio que interessa ao Direito, é uma desordem emocional, que envolve sentimentos.

A solução encontra-se no desafio de um Direito das Famílias menos oneroso para os seus destinatários e para o Estado, e em sua desjudicialização. Estas tendências acarretam em transformações na dinâmica processual e em políticas públicas, a exemplo, da mediação, que detém o cunho essencialmente interdisciplinar no tratamento aos conflitos. Deste modo, é necessário que haja um comprometimento do casal parental, para que deixe de terceirizar seus conflitos e busque, ferramentas que facilitem a comunicação.

A mediação, por ser um instrumento não adversarial de transformação do conflito, pode propiciar uma modificação na relação do casal parental, almejando uma visão comum na criação e educação da prole. Neste sentido, os mediandos compreendem que, ao invés de serem adversários, podem se unir, construindo um ambiente colaborativo que proporcione uma maior participação destes na vida de seus filhos e a tão almejada qualidade dessa convivência. Desta feita, a mediação familiar com características de interdisciplinaridade, mostra-se uma alternativa positiva para a efetivação da guarda compartilhada.

Deve-se ter em mente que a Constituição Federal optou por dar absoluta prioridade aos interesses das crianças e adolescentes, por meio da doutrina da proteção integral. Para isso, é imperioso haver uma modificação estrutural na sociedade, iniciando pelos genitores e passando pelo Estado, através de seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com o objetivo de alcançar, amplamente, a sociedade.

Assim, é preciso melhorar o acesso dos conflitantes à mediação familiar, seja através dos CEJUSC's, Câmaras privadas ou ainda, tornar obrigatória a inserção da disciplina de métodos não adversariais para a resolução dos conflitos (conciliação, mediação, arbitragem, transmediação) nas grades dos cursos de Direito de todo o país, procurando desconstruir a forte tradição litigiosa, aqui vivenciada.

A exemplo disto, foi examinada neste trabalho, a transmediação, considerado método extrajudicial inovador, na condução e dissolução das controvérsias, visando alterar a percepção do mediando acerca da contenda familiar. Este instituto foi criado pela professora Annie Dymetman e implantado na universidade São Judas Tadeu.

Embora se assemelhe à mediação, por buscar o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes, possui características próprias, pois possibilita que o trabalho seja realizado com apenas uma das partes envolvidas no confronto, o que não ocorre na mediação.

Deste modo, a transmediação, ao trabalhar com apenas um lado do conflito, revelou-se eficaz, pois, permite que a parte transmediada transforme a sua visão do litígio, tornando-se aberta à comunicação com a outra parte, que por sua vez, ao perceber as mudanças de comportamento daquela, torna-se mais propícia ao diálogo, requisito fundamental para o correto exercício da guarda conjunta.

Positiva também é a criação de políticas públicas, aptas a auxiliar na busca do consenso parental, afinal, o término da relação conjugal não deve afetar a parentalidade. A exemplo disto, as oficinas de parentalidade, projeto implantado e executado pelo Judiciário, poderá ser a chave para a efetiva aplicabilidade da guarda compartilhada.

A oficina de pais e filhos surge como um instrumento a facilitar o entendimento dos membros de uma família que vivencia o divórcio, possibilitando a sua reestruturação e adequada distribuição das funções parentais. Nestes espaços, pais e filhos, terão a oportunidade de reunir-se com outros pais e outros filhos que enfrentam situações semelhantes; com a colaboração de profissionais capacitados e o apoio de material didático especializado.

Por sua vez, o coordenador parental, mostrou-se de grande relevância para a adequada execução das determinações judiciais ou dos acordos de guarda compartilhada, pois o exercício da custódia conjunta e a execução do plano de parentalidade será acompanhado de perto por este profissional qualificado da área de psicologia ou serviço social, e ao final deste trabalho, chegará a conclusão pela manutenção desta modalidade de guarda, por ser eficaz e atingir o melhor interesse dos filhos, ou, pela sua reversão, por eventualmente ter efeitos contrários aos desejados.

No entanto, a coordenação de parentalidade, carece de maior pesquisa. Por ser instituto de Direito estrangeiro, com origem no Canadá e Estados Unidos, é pouco conhecido e divulgado no Direito pátrio. Além de tudo, a sua implementação, encontrará obstáculos, em especial, relacionados à insuficiência de recursos e de mão de obra qualificada para a introdução oficial de novas figuras auxiliares da justiça.

Contudo, assim, como existem câmaras privadas que auxiliam os envolvidos na resolução de seus conflitos, também há a figura do coordenador de parentalidade "privado", que embora tenha a função de auxiliar à justiça, não é considerado servidor público, e suas despesas poderão ser atribuída às partes.

Por mais que os institutos elencados nesta dissertação demonstrem aptidão para auxiliar os genitores na busca do consenso parental e conseqüentemente alcançar a efetivação

da guarda compartilhada, atendendo assim, ao melhor interesse dos filhos, é imperioso que o Estado ampare e estimule estudos e pesquisas atinentes à guarda e convivência familiar, pois, a criação de legislações, partindo apenas do aspecto teórico, tende a se tornar letra morta. É necessário descobrir se na prática aquele instituto é de fato favorável e logisticamente possível.

No mais, diante de tantas transformações vivenciadas pelos núcleos familiares e da forte cultura litigiosa do Direito pátrio, o Estado, como protetor das famílias, deve providenciar mecanismos para solucionar tais problemas de ordem pública, que ocorrerá através da criação de novas políticas públicas voltadas ao atendimento das famílias em desunião.

Isto posto, verifica-se que a transformação deve ser sistêmica, no sentido de divulgar, apoiar e facilitar uma participação mais efetiva dos genitores na vida de seus filhos, independentemente do tipo de guarda a que estes estão vinculados.

Em conclusão, essa modificação estrutural deve iniciar pela sociedade, passando por legisladores capacitados e governantes comprometidos com o bem estar social, procurando a implementação de políticas públicas que permitam a correta aplicabilidade do Direito familiarista e a execução dos programas já existentes, como exemplo, a mediação interdisciplinar e as oficinas de parentalidade.

Por derradeiro, a guarda compartilhada pode ser um aprendizado longo, com difíceis etapas, conforme a dinâmica familiar à qual se destina. Todavia, insta salientar, que só se desenvolverá e passará a ser recomendada e aceita como proposta quando, os profissionais do Direito colocarem em mente que as questões que envolvem divergências familiares e suas complexidades, devem ser consideradas através de uma visão que também inclua a valorização dos vínculos e dos sentimentos que permeiam essas desavenças. Portanto, estes profissionais devem se dedicar a uma formação mais humanista do Direito das Famílias, capacitando-se para lidar com o sofrimento e desespero humano.

REFERÊNCIAS

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

ALVES, Jones de Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/2008. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 9, n. 51, p. 95-117, jan./fev. 2009.

AMARAL, Paulo André. Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil: uma análise das interpretações da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Belo Horizonte, ano 14, n. 32, p. 42-58, fev./mar. 2013.

AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1).

BACCELAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação para processual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma convivência interdisciplinar. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceria necessária**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://editoramagister.com/doutrina_26542223_GUARDA_COMPATILHADA_E_MEDIACAO_FAMILIAR__UMA_PARCERIA_NECESSARIA.aspx>. Acesso em: 9 jan. 2017.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos**. João Pessoa: A União, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: jun. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2014. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil.

Coleções das Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Decreto-Lei, n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Decreto-Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 9 ago.1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: mar. 2017.

_____. Decreto, n. 1.572, de 28 de julho de 1995. Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jul. 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 1962. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 5.582, de 16 de junho de 1970. Altera o art. 16 do Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 1970. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5582.htm>. Acesso em: jun. 2016.

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em jul. 2016.

_____. Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm>. Acesso em: jul. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: jun. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2014. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Lei n. 13.140, de 26 junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: ago. 2016.

_____. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 mar. 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. Medida Provisória n. 1.053, de 30 de junho de 1995. Dispõe sobre medidas complementares ao plano real e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º jul. 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1053.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Medida Provisória n. 1.079, de 28 de julho de 1995. Dispõe sobre medidas complementares ao plano real e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jul. 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1079.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2017. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança:** construção teórica e aplicação prática no Direito brasileiro. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COMEL, Denise Dano. **Do poder familiar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 70, de 18 de março de 2009. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 25 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=118>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: ago. 2016.

_____. Recomendação n. 50, de 8 de maio de 2014. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 9 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Versão online auxiliará na difusão das oficinas de parentalidade**. Brasília, DF, 5 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80843-versao-online-auxiliara-na-difusao-das-oficinas-de-parentalidade>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Provimento n. 36, de 24 de abril de 2014. Dispõe sobre a estrutura e procedimentos das Varas da Infância e Juventude. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 abr. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/provimento_36.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. **VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados%20aprovados%20-%20VII%20jornada/view>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

CONTIJO, Sigismundo. Guarda de filhos. **Pai Legal**, (S.l.), 22 maio 2003. Disponível em <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=756>>. Acesso em: 20 maio. 2014.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Visão em razão dos princípios fundamentais do direito. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Tradução de Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos: dissolver para resolver**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: deveres e direitos para a proteção dos filhos.** 1998. 181f. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

_____. **Pátrio poder: guarda de filhos e direito de visita.** São Paulo: Saraiva, 1999.

FAVERO, Eunice Teresinha (Coord.). **Perda do pátrio poder: aproximações a um estudo socioeconômico.** São Paulo: Veras, 2000.

FERREIRA, João Bosco Dutra. A constitucionalidade da mediação familiar e o estado democrático de direito: uma crítica à realidade brasileira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Princípio da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). **Dicionário de princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz das leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda compartilhada: lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008.** Campinas: LZN, 2008.

GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Off. Graph. Villas Boas e Cia, 1929. v. 1.

GARCIA, Célio. Dinâmica da mediação. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GIMENEZ, Ângela. Igualdade parental. **Revista IBDFAM,** Belo Horizonte, n.18, p. 5-8, 2015.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6. v.

GRISARD FILHO, Waldir. A guarda compartilhada na berlinda. **Revista IBDFAM,** Belo Horizonte, n. 18, p. 12, 2015.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. _____. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O recurso da mediação nos conflitos de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.14, p. 11-19, jul./set. 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda compartilhada e relacionamento familiar: algumas reflexões necessárias**. Belo Horizonte, 5 dez. 2014. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/996/Guarda+Compartilhada+e+Relacionamento+Familiar+%E2%80%93+Algumas+Reflex%C3%B5es+Necess%C3%A1rias>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Família: um caleidoscópio de relações. In: _____.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 78-82, 2001.

_____. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário**. 2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

_____. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Oficina de pais e filhos: projeto pioneiro no Brasil pretende ajudar pais e filhos envolvidos em divórcios litigiosos**. Belo Horizonte, 30 nov. [2012]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4949/novosite>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do; LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1).

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado**. São Paulo: Manole, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código civil comentado**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MATA, Lídice da. Projeto de Lei nº 47, de 12 de novembro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: jun. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v.8.

MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MORI, Amaury Haruo. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 1-53, 2009. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1608509>. Acesso em: 26 ago. 2016.

NALINI, José Renato. Partir do zero. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 3 jan. 2003. Caderno A. p. 2. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20030103-39889-nac-2-opi-a2-not/busca/RENATO+NALINI+Partir+zero>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil: Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi. A mediação como política pública de tratamento dos conflitos de guarda. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RAMONEDA, Marisol. **Apoyo psicológico en procesos de separación y divorcio**, Cataluña, [201-]. Disponível em: <<http://www.coordinadorparental.com/coordinacion-parental.cfm>>. Acesso em: 9 jan. de 2017.

RIBEIRO, Zulaiê Cobra. Projeto de Lei n. 4.827, de 10 de novembro de 1998. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 3 dez. 1998. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: lei nº 10.046, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. São Paulo: Leud, 1978.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Família e sucessões: direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais; v.1).

RUIZ, Juliana dos Santos. Guarda compartilhada e preservação da continuidade de ser. **Psicologia Revista**, São Paulo, v. 18, n. 2, 155-164, 2009.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. (Brasil urgente).

SALES, Lília Maria de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito, 2007.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Bruna Mattos dos. **A aplicabilidade da guarda compartilhada em face da alienação parental**. 2015. 116 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2015.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

SAYÃO, Roseli. Direito à convivência familiar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, n. 18, p. 9-11, 2015.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. A Lei da guarda compartilhada (alternada) obrigatória: análise crítica da Lei 13.058/2014. **Migalhas**, (S.l.), 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 3 jan. 2017 .

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Autoridade parental. In: _____; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAMARIOLA, Aldrin Teubl Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares; OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as relações nas famílias brasileiras: a lei n. 13.058/2014. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 22-44, jan./fev. 2015.