



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO TRÊS RIOS

DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS

Lucas Esteves Mendes

**A GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL APÓS A PROMULGAÇÃO
DA LEI 13.058/2014 E A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO
PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

Três Rios, RJ
2017

LUCAS ESTEVES MENDES

**A GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL APÓS A PROMULGAÇÃO
DA LEI 13.058/2014 E A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO
PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**



Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito,
em curso de graduação oferecido pela
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
campus Instituto Três Rios.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Três Rios, RJ
Janeiro de 2017

LUCAS ESTEVES MENDES

**A GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL APÓS A PROMULGAÇÃO
DA LEI 13.058/2014 E A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO
PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito,
em curso de graduação oferecido pela
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
campus Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professor Doutora Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza (Orientadora)
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor Doutor Allan Rocha de Souza
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor Mestre Vítor Azevedo Almeida Júnior
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Dedico este trabalho ao meu pai Carlos Henrique, à minha mãe Maristela e ao meu irmão Mateus, que são meus exemplos de retidão, esforço, superação e amor. Contribuem, enormemente, para que eu possa alcançar todos os objetivos e me auxiliaram para que eu não desanimasse frente aos desafios da vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar força e iluminar meus caminhos para que eu pudesse concluir o objetivo; aos Mestres que, nos cinco anos de vida acadêmica, não mediram esforços para me auxiliar nos ensinamentos do Direito, principalmente à minha Orientadora Vanessa que sempre se mostrou solícita ao transmitir, brilhantemente, o Direito Civil desde o primeiro período do Curso; aos meus familiares pelo apoio incondicional na concretização de meus desejos; aos amigos por me apoiarem em toda e qualquer circunstância; à minha namorada e parceira Ana, que me transmitiu tranquilidade, serenidade e carinho para que eu pudesse concluir este trabalho.

RESUMO

MENDES, Lucas Esteves. **A guarda compartilhada no Brasil, após a promulgação da Lei 13.058/2014 e a utilização do instituto da mediação para a resolução dos conflitos.** 2017. 52 p. Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2017.

As sucessivas evoluções legislativas fizeram com que, no Brasil, a guarda compartilhada passasse a constituir regra para os casos onde houvesse a separação entre os genitores da criança ou adolescente, superando a imposição da guarda unilateral, que passou a figurar como exceção. Desse modo, o instituto objetiva que os pais conservem suas relações familiares com o filho, bem como, a participação efetiva na vida dos mesmos, a fim de alcançar como resultado o bem-estar da criança e do adolescente. E, para que não haja qualquer tipo de trauma, o instituto da mediação surge como necessário para amenizar a imposição da guarda compartilhada e os possíveis danos gerados pela separação do casal de genitores. Portanto, a aplicação da guarda compartilhada, juntamente com a mediação, faz com que, tanto os pais, quanto os filhos, consigam manter uma relação harmônica, não sendo afetados pelo término da relação conjugal. O presente trabalho perpassa por todas essas nuances e deflagra todas as possibilidades que podem ser vislumbradas nas referidas circunstâncias.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda compartilhada. Mediação.

ABSTRACT

MENDES, Lucas Esteves. **The shared guard in Brazil, after the promulgation of Law 13.058/2014 and the use of the mediation institute for the resolution of conflicts.** 2017. 52 p. Monograph (Law Degree). Três Rios Institute, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2017.

In Brazil, the consequent legislative developments have made the shared guard of children be part of a rule in cases where there was a separation between couples which were the fathers of the children or teenager in case, surpassing the imposition of the unilitary guard which came to appear as an exception. Thus, the object of the institute is to preserve parents and sons relationship and effective participation in their lives and provide a welfare for them. And to prevent any kind of trauma, the medication institute urges like necessary to complement the imposition of the shared guard and to act as a medium to minimize the damages of a parents separation. Therefore, the imposition of the shared guard in addition with the mediation, makes both parents both children to maintain a harmonic relationship, not being affected by the end of a martial relationship. This present work passes through all of these nuances and deflagrates all of the possibilities that can be glimpsed in the mentioned circumstances.

Keywords: Shared guard. Mediation. Family power. Parental alienation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
 CAPÍTULO 1	
PODER FAMILIAR	10
1.1 Poder familiar e guarda	14
1.2 Espécies de guarda	16
1.2.1 Guarda unilateral	16
1.2.2 Guarda alternada	18
1.2.3 Diferença entre guarda alternada e guarda compartilhada	20
1.2.4 Aninhamento ou nidação	21
 CAPÍTULO 2	
A GUARDA COMPARTILHADA: NOÇÕES EXPLICATIVAS	23
2.1 Definição e objetivo da guarda compartilhada	26
2.2 Aplicabilidade da guarda compartilhada a partir da Lei 13.058, de 2014	28
2.3 Alienação parental, um perigo que deve ser combatido	32
 CAPÍTULO 3	
MEDIAÇÃO	35
3.1 Lei 13.140/2015 e o novo código de processo civil	37
3.1.1 Mediação no novo código de processo civil (Lei nº 13.105/2015)	38
3.1.2 A lei da mediação (Lei nº 13.140/2015)	40
3.2 A mediação nos processos de guarda compartilhada	43
 CONCLUSÃO	 48
 REFERÊNCIAS	 49

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é a busca regular o ramo do direito que busca regular todas as situações que envolvam o núcleo familiar de tudo aquilo que está relacionado às questões patrimoniais e afetivas da família e demais situações que perpassam por assuntos afeitos às famílias, passam por esta ramificação do direito.

O poder familiar e os diversos tipos de guarda, por exemplo, estão inseridos nessa parte do direito que necessita de uma abordagem mais minuciosa e cuidadosa por parte tanto do legislador quanto do magistrado, devido à grande carga afetiva envolvida nas referidas situações.

Com a modificação social constante, diversos tipos de família surgem e as relações vão se tornando mais complexas, fazendo com que o Direito deva acompanhar essas modificações.

Quando as relações conjugais são desfeitas, em uma relação onde os filhos ainda sejam crianças ou adolescentes, faz-se necessária a disposição da guarda, diante do rearranjo familiar proporcionado por essa mudança. Ainda que o matrimônio tenha sido desfeito, os pais continuam detentores do poder familiar e necessitam buscar o tipo de guarda mais adequado a fim de atender o melhor interesse da criança ou adolescente.

Vê-se que a instituição da guarda é de suma importância para o andamento da vida dos genitores e de sua prole em um momento posterior ao término da relação conjugal. Desse modo, a legislação pátria modificou-se e passou a considerar a guarda compartilhada como regra.

Fundamental que esta instituição da guarda tenha como princípio a ser perseguido o melhor interesse da criança e do adolescente, já que estes últimos passaram de uma figura de coadjuvantes no ordenamento jurídico, para figurarem como principal foco das relações que os envolvam. Desse modo, acreditou, o legislador, que a guarda compartilhada e a presença de ambos os genitores de forma igualitária no desenvolvimento da criança, seria a melhor maneira de atingir o fim colimado.

Entretanto, para que a guarda compartilhada seja adotada e atinja, inafastavelmente, seus objetivos, é necessário que haja um diálogo eficiente entre os genitores a fim de sanar qualquer tipo de desavença que possa existir após o término da relação conjugal. Isto deverá ser feito através de uma solução humanizada dos possíveis conflitos, através da mediação que

se tornou figura de destaque após a promulgação da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Através da mediação, os pais deverão solucionar suas desavenças, diante da figura de um terceiro imparcial (mediador), com o objetivo de contribuir para o melhor desenvolvimento de seus filhos.

Diante disso, importante a abordagem que será feita no presente estudo, com o objetivo de alocar a guarda compartilhada e a mediação como institutos que se completam para atingir o melhor interesse da criança através de uma relação constante e sadia com seus genitores, além de proporcionar uma forma harmoniosa do casal recém-separado se relacionar, tendo em vista possuírem um elo interminável, qual seja o filho que fora concebido na constância da relação.

CAPÍTULO 1

PODER FAMILIAR: SIGNIFICADO E CONTEXTO DE APLICAÇÃO

O conceito de poder familiar passou por uma série de transformações, originando-se no antigo pátrio poder e chegando às conceituações mais recentes acerca da caracterização da autoridade parental.

O regime patriarcal vivenciado pela sociedade antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, defendia que o homem, como “chefe” da família, possuía o direito de deter o pátrio poder, tendo total autoridade em relação aos filhos menores, dessa forma, a mãe figurava em segundo plano nas decisões sobre a vida de seus filhos.¹

Essa tradição paternalista encontra correspondência em Roma, onde era consagrada a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes. O Código Civil Brasileiro de 1916 seguiu essa tendência, ao conceder ao marido, como chefe da sociedade conjugal, a função de exercer o pátrio poder sobre os filhos menores, e somente na sua falta ou impedimento tal incumbência passava a ser atribuída à mulher.

Em seu artigo 380, o Código Civil de 1916 dispunha:

Art. 380. 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.²

Vê-se, portanto, que a mulher era apenas uma colaboradora nas questões que envolvessem a criação e educação de seus filhos, quando, em casos de divergência, teria seu posicionamento superado pelo do seu marido.

¹ BRASIL. Planalto. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

² _____. Planalto. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Mesmo com a promulgação de algumas leis esparsas acerca do pátrio poder, o panorama foi realmente modificado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, onde pai e mãe passam a deter igual autoridade e responsabilidade sobre os filhos menores.³ Mas, embora tenha havido evolução em sua nomenclatura - poder familiar - , ainda pode ser observado algum resquício do “pátrio poder”.

Pode-se observar que o nome foi modificado, mas que a questão envolvendo a nomenclatura do instituto ainda é controversa e confusa, embora o termo mais utilizado e adotado seja o de Poder Familiar.

A doutrina, porém, faz algumas críticas a essa denominação, como pode ser observado na colocação de Euclides de Oliveira:

A denominação adotada no código vigente contém algumas imprecisões técnicas, seja pela menção a um “poder”, dando a ideia de força e de supremacia que não se compreende na esfera do exercício de obrigações e deveres por parte do pai e da mãe, como na adjetivação “familiar”, dando a impressão de que seria extensivo a outros membros da família, embora a própria lei reduza o seu desempenho apenas com relação aos filhos menores; Contudo, é atribuição reservada exclusivamente aos pais o poder parental (vem o compreendem os avós solícitos, quando se reservam ao prazeroso encargo de brincar com os netos, reservando para os pais as correções e os momentos de ajustes familiares...).

Vê-se que a utilização do termo “poder” guarda alguns resquícios da *patria potestas* romana, porém este poder ultrapassa os nefastos direitos atrelados aos pais naquela época e passa a ter que ser exercido, única e exclusivamente, no supremo interesse do menor, deixando de constituir um poder em si e passando a ser um dever, uma responsabilidade, o cumprimento de uma função.

A legislação brasileira, ratificando a dificuldade em unificar um termo para designar as responsabilidades dos pais para com os filhos menores, utilizou a locução “autoridade parental” no lugar de “poder familiar” na Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (art. 2º, p.u. II), que dispõe sobre alienação parental.⁵ Ou seja, outra variação de nomenclatura pode ser detectada dentro do mesmo ordenamento jurídico.

³ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁴ OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. 01. São Paulo: IASP, Jul/Ago 2014.

⁵ BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

Ultrapassadas as questões terminológicas, o objetivo principal e inafastável do poder familiar é o melhor interesse da criança, sendo assegurado o seu direito à vida, à saúde, ao lazer, à educação, diante dos ditames do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Art. 227. 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.⁶

Conforme leciona Maria Berenice Dias:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o exercício, preferencialmente, a um membro da família.⁷

Corroborando a importância do poder familiar e suas características acerca da vinculação dos pais com o menor, Gustavo Tepedino se posicionou:

[...] ao contrário de ordenamentos da família romano-germânica em que, com a separação judicial ou o divórcio, o exercício da autoridade parental pode ser atribuído pelo Juiz exclusivamente ao titular da guarda, no sistema brasileiro a dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado poder familiar.⁸

O poder familiar configura, portanto, uma situação permeada de direitos e deveres atinentes à pessoa e ao patrimônio do menor não emancipado, aos quais os pais estão inafastavelmente atrelados, possuindo um rol de obrigações para com os filhos, tendo em vista que estes se tornaram o foco da família, por serem pessoas em desenvolvimento.

⁶ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: **Revista trimestral de direito civil**. V. 17, jan/mar. 2004, pp. 41-42.

Pode-se depreender que as bases do instituto do poder familiar estão assentadas no cuidado e, principalmente, na emergência da criança e do adolescente como um novo sujeito. Diante disso, o Código Civil Brasileiro de 2002, dispôs sobre o Poder Familiar e elencou alguns deveres dos pais.⁹

Observa-se que o poder familiar é atribuído aos pais independentemente da situação conjugal em que se encontram. Mesmo aqueles pais que estão separados ou divorciados mantêm o poder familiar sobre os filhos menores, salvo quando há suspensão ou extinção do mesmo.

Alguns casos peculiares devem ser levados em conta na disposição do poder familiar. Um exemplo ocorre quando do falecimento de um dos progenitores, em que o poder familiar persiste ao outro desde que seja capaz e em condições de seu exercício. Caso haja o falecimento de ambos os pais, ocorre a orfandade do menor e um tutor deverá ser nomeado.

Já nos casos onde um dos genitores contraia novas núpcias, não há que se falar em perda do poder familiar, tendo em vista que a relação com o filho não poderá, em hipótese alguma, ser prejudicada.

Os artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002 trazem as possibilidades da suspensão e da extinção do poder familiar.¹⁰

Resta evidente através da leitura dos artigos supracitados que o poder familiar não pode ser configurado como um poder ilimitado. Os pais devem ter como cerne o bem-estar do menor

⁹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I – dirigir-lhes a criação e a educação;
II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) 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.

¹⁰ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.
Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

e agir em prol de seu desenvolvimento. Caso isso não aconteça receberão as sanções cabíveis podendo, em última hipótese, ter o poder familiar extinto.

1.1 Poder familiar e guarda

O instituto da guarda já encontrava correspondência no Código Civil de 1916.¹¹ Nos casos de separação sob a égide do referido Código, a culpa era um elemento essencial para a atribuição daquele que estaria responsável pelo menor, sendo assim, o cônjuge que não era considerado responsável pela separação conjugal seria, portanto, o detentor da guarda da criança.

Com os avanços legislativos e a consequente entrada em vigor da Constituição Federal de 1988¹² e do Estatuto da Criança e do Adolescente,¹³ a sociedade foi inserida em um contexto de igualdade entre os sexos em todos os âmbitos, inclusive no familiar. O Código Civil de 2002 veio para ratificar esse panorama, dando maior ênfase ao instituto da guarda e trazendo direitos e deveres advindos do casamento ou até da união estável e os relacionados com a proteção dos filhos em caso de dissolução do casamento.¹⁴

Diante da manutenção do poder familiar daqueles pais que não detém a guarda do filho, vê-se que os dois institutos não podem ser confundidos.

Comumente há confusão conceitual entre poder familiar e guarda, porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao conceituar, em seu artigo 33, uma das espécies do instituto da guarda, asseverando que implica na prestação material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros.¹⁵

Em sentido mais clássico, a guarda já foi conceituada da seguinte maneira:

GUARDA – missão de vigilância, ação de zelar uma pessoa ou uma coisa. Tratando-se de menor: a) num sentido específico, direito e dever de exercício da guarda de uma criança menor sob proteção – isto é, de fixar residência e zelar por sua saúde, sua

¹¹ BRASIL. Planalto. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹² _____. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

¹³ _____. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

¹⁴ _____. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁵ _____. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

segurança e sua moralidade -, missão que, constituindo um atributo de autoridade parental, é, normalmente, exercida sob responsabilidade comum de pai e mãe; e b) em sentido mais amplo, engloba, também, - além da missão acima descrita - a vigilância e educação da criança, se bem que estas constituam, cada uma em si, um atributo distinto da autoridade parental; o conjunto desses atributos formam, hoje, o exercício comum, ou unilateral, da autoridade parental.¹⁶

A guarda configura os cuidados cotidianos do pai para com o filho menor e, conforme dispõe Waldyr Grisard Filho:

Ordinariamente o filho deve permanecer na família e ligado aos pais, conforme preconiza o art. 19 do ECA, em unidade de convivência. A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhes companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. Uma vez descumpridos estes, sujeita-se o titular relapso a sanções civis e penais, por abandono de família. A guarda é de natureza do poder familiar, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica a transferência deste. Como atributo do poder familiar, a guarda dele se separa, não se exaurindo nem se confundindo com ele, podendo uma existir sem o outro.¹⁷

Diante desse panorama, a autoridade parental permite que o progenitor não-guardião participe das tomadas de decisão e do desenvolvimento do filho, apesar de não estar fisicamente presente em seu cotidiano.

Ana Carolina Brochado Teixeira busca a diferenciação dos conceitos da guarda e autoridade parental:

Um diferenciador dos conceitos ora esboçados para a definição da autoridade parental é que esta se mede na tutela da pessoa, a qual não tem apenas escopo protetivo, mas, principalmente, promocional da personalidade. Por isso, abarca maior aglomerado de funções. Diferentemente do que é proposto pela maioria da doutrina, o poder-dever de proteção e provimento das necessidades, sejam elas materiais ou espirituais, encontram abrigo muito mais na autoridade parental do que na guarda, pois ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, em sentido amplo, que envolve criação, orientação e acompanhamento. Tais tarefas não incumbem apenas ao genitor guardião.¹⁸

¹⁶ CORNU, Gérard (org.). Vocabulaire Juridique. Paris: Association Henri Capitant, PUF - Presses Universitaires de France, 2001, p. 407-408, *apud* BARBOSA, Águia Arruda. **Guarda compartilhada e mediação familiar – uma parceria necessária**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano 01, Nº 1, Jul/Ago 2014, p. 27.

¹⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (p.146).

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 208.

Portanto, vê-se que a guarda está inserida entre as amplas atribuições designadas àqueles que possuem o poder familiar, podendo sua interpretação ser desvinculada deste. Destarte que um dos pais poderá deter o poder familiar, mas não ter a guarda do menor.

1.2 Espécies de guarda

Diversas são as possibilidades para a determinação da guarda dos filhos de casais que se separaram, visando sempre o bem-estar da criança como finalidade principal e inafastável.

1.2.1 Guarda unilateral

Até julho de 2008, quando da promulgação da Lei 11.968/08, a guarda unilateral era tida como regra nos casos de separação envolvendo os filhos menores do casal, porém a referida lei mudou este entendimento passando a ser a guarda compartilhada uma possibilidade a ser perseguida precipuamente nos referidos casos.¹⁹

O art. 1.583 do Código Civil de 2002 é claro ao asseverar que há a possibilidade de adoção da guarda unilateral, conforme supracitado. Em seu §1º conceitua a guarda unilateral, no §2º como esta será atribuída e em seu §5º determina o papel de supervisão do não-detentor da guarda.

Compreende-se que na modalidade de guarda unilateral, portanto, a guarda é atribuída a apenas um dos genitores, com o estabelecimento do regime de visitas ao genitor não-guardião, sendo atribuída motivadamente àquele que revele melhores condições de exercê-la.

Para haver a determinação do genitor guardião é necessária a análise acerca daquele que demonstre maior aptidão para propiciar à prole cuidado as relações parentais e com o grupo familiar, na forma da parte final do § 2º do art. 1.583 do Código Civil de 2002, cuja aplicação é inafastável aqui.

Mesmo tendo sua previsão no ordenamento jurídico pátrio, a guarda unilateral motiva inúmeras críticas por parte da doutrina que entende que esta modalidade de guarda é

¹⁹ BRASIL. Planalto. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

caracterizada, substancialmente, pelo cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família, tornando-se, assim, exceção, visto que não privilegia os melhores interesses da criança.

Significa que a concessão da guarda unilateral tornou-se exceção, devendo ser devidamente comprovada nos autos, mediante prova documental, testemunhal e pericial, porque ela não condiz mais com a realidade da família contemporânea, ao não garantir à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Isso quer dizer que, no (re)canto afetivo familiar, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana reclamam a intangibilidade do princípio da convivência integral em família.²⁰

Corroborando este entendimento, há decisão que defende que a guarda unilateral não condiz com a realidade da família contemporânea, já que não garante à criança/adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. PEDIDO DE GUARDA UNILATERAL. FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. ARTIGO 1.584, § 2º, CCB. INTERESSES DOS INFANTES. PRESERVAÇÃO. DOMICÍLIO DE REFERÊNCIA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO. RELATÓRIO TÉCNICO RECOMENDANDO O LAR MATERNO. RECURSO DO GENITOR IMPROVIDO. APELO DA MÃE PROVIDO EM PARTE. 1. Apelação interposta contra sentença proferida em ação de guarda e responsabilidade. 2. A guarda tem por objetivo preservar os interesses do menor, em seus aspectos patrimoniais, morais, psicológicos de que necessita o menor para se desenvolver como indivíduo. 2.1. Em questões envolvendo a guarda e responsabilidade de menores o julgador deverá a preservar os interesses do infante. 3. Segundo o preceptivo inserto no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. 3.1. Emergindo dos elementos de convicção produzidos nos autos, inclusive de Parecer Técnico, elaborado pelo Serviço Psicossocial Forense, que ambos os genitores estão aptos a atender de maneira satisfatória às necessidades básicas e emocionais dos filhos, não procede o pedido de fixação de guarda unilateral, devendo prevalecer o regime de compartilhada, que melhor atenderá os interesses dos menores. 4. A adoção do regime de guarda compartilhada não exclui a possibilidade de definição de um lar de referência, especialmente diante da possibilidade de as sucessivas mudanças de domicílio tenderem a ser prejudiciais aos menores, na medida em que as adaptações e readaptações necessárias podem fomentar uma instabilidade psicológica, decorrentes da ausência de um local de referência particular. 4.1. Precedente da Corte: “o estabelecimento da guarda compartilhada não implica, necessariamente, a eleição das residências de ambos os genitores, como sendo de referência, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filhos, como a localização das

²⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda compartilhada: um jeito de conviver e ser-em-família**. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2009, p. 62.

residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas da criança ou adolescente, além de outras circunstâncias peculiares ao caso concreto”. (4ª Turma Cível, APC nº 2010.01.1.209018-4, rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, DJe de 4/6/2013, p. 136). 5. No caso concreto, levando em consideração o estudo realizado pelo Serviço Psicossocial Forense, apontando no sentido de que o melhor interesse dos menores será atendido com a fixação do lar materno como domicílio de referência, deve ser acolhida a pretensão formulada a este título. 6. Apelos conhecidos. 6.1. Recurso do genitor improvido. 6.2. Apelação adesiva da mãe parcialmente provida.²¹

Apesar das reiteradas críticas e dos pontos negativos citados, entende-se que se a guarda unilateral atingir de maneira mais satisfatória o melhor interesse do menor, deverá ser aplicada, tendo em vista que o direito do genitor não-guardião de ter o menor em sua companhia não será cerceado. Como complemento da implantação dessa modalidade de guarda, para que o genitor não-guardião não seja afastado indevidamente do convívio com o menor, o direito de visitas deste deverá complementar a adoção do regime da guarda unilateral, visando a continuidade da convivência entre eles.

O direito de convivência dos pais, seja ele guardião ou não, com o menor pode ser considerado como direito fundamental. Já que mesmo não detendo a guarda, o poder familiar segue preservado, sendo ambos os genitores titulares.

1.2.2 Guarda alternada

A modalidade da Guarda Alternada não possui efetividade em nosso ordenamento jurídico. Expressamente não foi mencionada pelo Código, tendo em vista que este estabeleceu o sistema dual na atribuição da guarda dos menores, conforme pode ser visto no art. 1583 do Código Civil de 2002 que trata da Guarda Unilateral e da Guarda Compartilhada. Mas o melhor interesse da criança poderá nortear o juiz por essa solução.

Como Guarda Alternada, entende-se:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **APC: 20130111132839**. 2ª Turma Cível. Relator: João Egmont. Julgamento: 24/02/2016, Publicação: 01/03/2016, p. 328. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.²²

Esta modalidade determina que o tempo da criança seja igualmente dividido entre seus pais, alternando-se entre as residências paterna e materna, em espaços de tempo pré-determinados, que poderão ser definidos autonomamente pelos genitores.

Pode-se fazer uma comparação entre a guarda unilateral e a guarda alternada, levando-se em conta que em um determinado espaço de tempo, apenas um dos genitores exerce a guarda sobre o filho, sendo a responsabilidade transferida de acordo com a alternância da guarda. Ou seja, pode-se vislumbrar uma espécie de guarda unilateral de ambos os genitores no período de tempo estabelecido para cada um.

Embora não recepcionada na inteligência do Código Civil de 2002, a guarda alternada é aplicável em casos concretos específicos, tendo em vista, sempre, o melhor interesse da criança, porém a doutrina tem se mostrado fortemente contra a adoção da referida modalidade de guarda, por entender que nestes casos os filhos são tidos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, além do menor perder o referencial de lar, o que pode ser prejudicial para o seu bom desenvolvimento psicoemocional.

Continuamos a seguir a ideia de que a guarda alternada é aquela em que o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho fica sob a custódia do pai de segunda a quarta-feira; e da mãe de quinta-feira a domingo. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança, como bem desenvolve a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga em sua tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Como ela destaca, a guarda alternada acaba por privilegiar mais o que os pais vêem como seus direitos, sem considerar os seus reais efeitos para o desenvolvimento da criança.²³

A jurisprudência, na maioria dos casos, não recepciona a guarda alternada como pode ser percebido na decisão abaixo:

CIVIL – Apelação cível – Ação de regulamentação de visitas de menor - Visita paterna – Sentença julgada improcedente – Irresignação – Pedido de guarda alternada – Inconveniência – Princípio do melhor interesse da criança - Manutenção -

²² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

²³ TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.058/2014 – Parte 1 e 2**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Desprovemento. - A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou corresponsabilidade, consiste, em verdade, em guarda alternada, indesejável e inconveniente à luz do princípio do melhor interesse da criança.²⁴

1.2.3 Diferença entre guarda alternada e guarda compartilhada

Diante da confusão gerada pelo legislador em algumas passagens ao conceituar a guarda compartilhada, deve-se diferenciar esta da guarda alternada. Ressalte-se que o delineamento da guarda compartilhada será feito no próximo capítulo, importando agora em mera explanação explicativa e de distinção.

Enquanto a guarda alternada reflete uma guarda dividida, sendo definida como exercício alternado da guarda, a guarda compartilhada não se traduz em divisão igualitária do tempo de custódia física do menor por cada genitor. Até porque, conforme preceitua grande parte da doutrina, essa divisão equânime de tempo criaria confusão para o menor, prejudicando seu desenvolvimento.

Euclides de Oliveira exemplifica:

Na guarda compartilhada, o que se compartilha é a responsabilidade na criação dos filhos menores. A guarda física (moradia) continua com um dos pais, embora reservando ao outro maior tempo de convivência (em um dia da semana, por exemplo, além do sábado e/ou domingo). Bem diferente é a guarda alternada, que se reduz à divisão exata do tempo em que o filho ficaria com um ou outro dos pais, como se fosse uma espécie de troca de comando, o que não é saudável para a formação da criança.²⁵

Por mais que exista um liame tênue entre os dois institutos, não podem ser confundidos, tendo em vista as peculiaridades existentes em cada um. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro, claramente, preconiza e tem a guarda compartilhada como regra, enquanto a guarda alternada não encontra menção expressa na legislação civil pátria,

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0071776-92.2014.815.2001**. 5ª Vara de Família da Comarca da Capital. Relator: Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Julgamento: 22/03/2016. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca...> >. Acesso em: 10 jan. 2017.

²⁵ OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. 01. São Paulo: IASP, Jul/Ago 2014.

porém poderá ser aplicada em casos concretos onde reste comprovado que deste modo o melhor interesse da criança estará sendo irrestritamente vislumbrado.

O entendimento jurisprudencial corrobora a diferenciação entre a guarda compartilhada e a guarda alternada:

De se ressaltar, ainda, que a custódia física conjunta, preconizada na guarda compartilhada, em muito se diferencia da guarda alternada. Na guarda alternada, a criança fica em um período de tempo semana, mês, semestre ou ano sob a guarda de um dos pais que detém e exerce, durante o respectivo período, o Poder Familiar de forma exclusiva. A fórmula é repudiada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois representa verdadeiro retrocesso, mesmo em relação à guarda unilateral, tanto por gerar alto grau de instabilidade nos filhos - ao fixar as referências de autoridade e regras de conduta em lapsos temporais estanques - como também por privar o genitor que não detém a guarda de qualquer controle sobre o processo de criação de seu filho. A guarda compartilhada, com o exercício conjunto da custódia física, ao revés, é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação. O estabelecimento de um lapso temporal qualquer, onde a custódia física ficará com um deles, não fragiliza esse Norte, antes pelo contrário, por permitir que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e, em outro momento, do contato paterno, habilita a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. É de se frisar que isso só será conseguido se o Poder Familiar, na sua faceta de coordenação e controle da vida dos filhos, for exercido de forma harmônica, sendo esse o desafio inicialmente colocado. In casu, a fixação da custódia física em períodos de dias alternados primeiro observou as peculiaridades fáticas que envolviam pais e filho, como a localização de residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor. Posteriormente, decidiu-se pela viabilidade dessa custódia física conjunta e a sua forma de implementação. Quanto à fórmula adotada, apenas diz-se que não há fórmulas, pois tantos arranjos se farão necessários quantos forem os casos de fixação de guarda compartilhada, observando-se os elementos citados e outros mais, que na prudente percepção do julgador, devam ser avaliados. Contudo, reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão. Dessa maneira, não prospera igualmente o pleito do recorrente quanto à inviabilidade de fixação de lapsos temporais de convívio alternados.²⁶

1.2.4 Aninhamento ou nidação

O aninhamento ou nidação pode ser considerada uma modalidade rara de guarda.

Nesses arranjos a criança permanece morando na mesma residência de forma fixa, com as mesmas rotinas, sendo os genitores que, por períodos alternados e estabelecidos, deslocam-

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 1251000/MG**. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgamento: 23.08.11. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 10 jan. 2017.

se, revezando-se para atender e conviver com os filhos por certo período de tempo pré-estabelecido. Vê-se que a residência que o menor tem como referência é totalmente identificada com ele, com os genitores praticando visitas periódicas por um determinado período de tempo a fim de exercer seu direito de guarda.

Tal modalidade é severamente criticada e questionada, tendo em vista os diversos empecilhos que poderão ser encontrados para a sua aplicação.

Primeiramente, deve-se levar em conta o alto custo gerado por essa prática, tendo em vista que além de manterem suas próprias residências, os genitores terão que custear um segundo domicílio, fornecendo ao menor todos os aparatos necessários para seu desenvolvimento.

Além disso, é uma prática que se assemelha à guarda alternada, podendo ser prejudicial ao menor, tendo em vista que invariavelmente terão sua rotina alterada devido às peculiaridades de cada genitor no exercício do poder familiar.

CAPÍTULO 2

A GUARDA COMPARTILHADA: NOÇÕES EXPLICATIVAS

Diante das inúmeras alterações legislativas, políticas e da evolução social ocorrida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente passaram a figurar como sujeitos de direitos e deveres, passando a ter papel fundamental na sociedade. A busca pelo melhor interesse tanto da criança, quanto do adolescente passou a pautar as relações entre estes e seus genitores.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988²⁷ e o artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente²⁸ ressaltam com clareza o quão importante a valorização da criança e do adolescente na sociedade e todas as premissas que envolvem aqueles que devem ser garantidores do seu desenvolvimento e bem-estar.

Sendo assim, o instituto da guarda compartilhada, devidamente aplicado, tendo o bom relacionamento entre os pais preservado, auxilia no bom desenvolvimento desses jovens e faz com que os genitores contribuam para que isso aconteça.

Diante desse novo panorama, o instituto da guarda compartilhada avançou no ordenamento jurídico pátrio e, com a entrada em vigor da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008²⁹, que deu nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002³⁰, passou a ser tido como opção normativa na destinação da guarda dos menores, nas relações onde houve separação entre seus genitores.

A partir do momento em que a lei entrou em vigor, a guarda unilateral deixou de ser priorizada, ganhando força a guarda conjunta, onde os genitores compartilham as responsabilidades acerca de seus filhos menores. Constituiu-se um avanço ao desvincular a

²⁷ BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

²⁸ _____. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 24 dez. 2016.

²⁹ _____. Planalto. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³⁰ _____. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

guarda de uma ideia de posse, para que a criança pudesse ter seu desenvolvimento favorecido sem que houvessem maiores traumas devido à separação de seus pais.

Ultrapassar o modelo da guarda unilateral, anteriormente aplicado ao término das relações conjugais, constituiu grande avanço tendo em vista as diretrizes que deviam ser seguidas, tanto pelo legislador, quanto pelos aplicadores do Direito. Considerando que a estipulação do instituto da guarda compartilhada leva em conta, precipuamente, o melhor interesse da criança/adolescente que, indiscutivelmente, constitui sujeito de direitos e deve ter todas as suas garantias constitucionais asseguradas para alcançar um desenvolvimento sadio e harmônico, tendo seus laços fraternais devidamente mantidos com seu pai e sua mãe.

A guarda compartilhada, nada mais é, do que uma contribuição mútua para a formação do menor, para a defesa do princípio do melhor interesse da criança/adolescente que terá o direito de convivência igualmente preservado, tanto com seu pai, quanto com sua mãe. O menor deve ter sua dignidade respeitada, tendo seu melhor interesse ser defendido por aqueles que por ele zelam.

Em dezembro de 2014 foi sancionada a Lei 13.058³¹, que veio para modificar a Lei 11.698/08³² e, conseqüentemente, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002³³.

A supracitada Lei de 2008 indicava a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível, quando houvesse acordo entre os pais, dando margens a diversas justificativas por parte dos genitores que não queriam o compartilhamento da guarda e alegavam presença de conflitos para que a guarda conjunta não pudesse ser aplicada, já que na maioria dos casos onde há separação ou divórcio as relações acabam permeadas por fortes doses das mais diversas animosidades.

Diante disso, a Lei de 2014, provocou mudança radical, tendo em vista que instituiu que, preferencialmente, a guarda compartilhada deve ser aplicada, visando a igualdade parental, mesmo nos casos onde não haja consenso entre o casal. Logo, mesmo que o casal se separe/divorcie em meio a certos conflitos, a guarda compartilhada deve ser a primeira opção para que a responsabilidade conjunta dos pais possa ser contemplada. Buscou-se, com isso, a

³¹ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

³² _____. Planalto. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³³ _____. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

minimização dos efeitos acarretados por uma possível alienação parental, não prejudicando, assim, o bom desenvolvimento da criança/adolescente.

Waldyr Grisard Filho pontua a importância da nova lei instruir e disciplinar o instituto da guarda compartilhada:

O mais importante para a nova lei ao instituir e disciplinar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho (na guarda compartilhada é privilegiada a ideia de “estar com”), eliminando a possibilidade de existir “ganhadores” e “perdedores”, logrando proclamar um único “vencedor”: o filho. Essa principal alternativa de cuidados e atenções aos filhos menores não é uma utopia, mas uma ferramenta eficaz na preservação do bem-estar da criança.³⁴

Diante dessa modificação substancial onde a guarda compartilhada passou a ser possível mesmo nos casos onde os casais separados preservassem certo desarmonia, formou-se construção jurisprudencial no sentido de ratificar essa preferência por essa modalidade de guarda nos referidos casos.³⁵

Em pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), em todo o território nacional, denominada “Estatísticas do Registro Civil” – que capta informações

³⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

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

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

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 1.428.596** – RS (2013/0376172-9). 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 03/06/2014. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 15 jan. 2017.

sobre as guardas entre cônjuges – foi constatado o aumento de casos de guarda compartilhada entre 2014 e 2015 em todos os estados do Brasil. Enquanto em 2014, 7,5% dos casos a guarda compartilhada havia sido decidida, em 2015 esse número saltou para 12,9%. Em contrapartida, o número de divórcios, nesse mesmo período, sofreu queda de 3,5%.³⁶

Cumpre salientar que embora haja a orientação pela preferência da aplicação da guarda compartilhada, não há obrigação de adoção da mesma, tendo em vista que o magistrado deverá ter certa discricionariedade para decidir de acordo com os legítimos interesses e direitos em jogo.

2.1 Definição e objetivo da guarda compartilhada

A guarda, de um modo geral, pode ser definida como um direito/dever dos genitores de terem seus filhos sob suas responsabilidades ou cuidados. Ou seja, devendo zelar por aquele que ainda é incapaz civilmente, e em benefício de quem se exerce o poder familiar.

Já quando há referência, especificamente, à guarda compartilhada, pode-se utilizar a seguinte noção, dada por Sérgio Eduardo Nick:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês).³⁷

Tem-se na guarda compartilhada um sinônimo de guarda conjunta, onde ambos os pais detêm a guarda e possuem responsabilidade igualitária no desenvolvimento e na criação de seus filhos. Possuem o dever de zelar, mesmo que separados conjugalmente, de maneira equivalente pelo bem-estar de sua prole. Portanto, trata-se de um compartilhamento de responsabilidades entre os genitores, mediante participação na guarda de seus filhos e o cumprimento conjunto do poder familiar.

³⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do registro civil**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=10>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³⁷ NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 78.

A redação do artigo 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, alterada pela Lei 13.058 de 2014, deixa bem clara a intenção do legislador ao conceituar o instituto da guarda compartilhada:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(...)

§1º. Compreende-se (...) 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.³⁸

A doutrina, por sua vez, conceitua guarda compartilhada como:

Um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.³⁹

Avançando à definição do instituto da guarda compartilhada, qual seria o objetivo de sua aplicação?

A principal benesse observada na aplicação da guarda compartilhada para a relação paterno-filial pode ser ilustrada levando-se em conta que não é dever do menor se adequar à convivência dos pais haja vista ser obrigação dos genitores tentar construir um relacionamento sadio capaz de proporcionar à sua prole, a companhia frequente de ambos os progenitores, com finalidade de fortalecer o vínculo familiar em benefício da criança.

Portanto, o maior mérito da guarda compartilhada é consagrar o direito da criança, garantindo a vinculação de ambos os pais na formação e na educação do filho, tendo uma participação integral de ambos no processo de desenvolvimento do menor.

A alteração legislativa, com a promulgação da Lei 13.058/2014, é uma tentativa de igualar os direitos dos pais separados em relação aos seus filhos e, sobretudo, dos filhos terem o direito de convivência familiar idêntico em relação ao pai e à mãe, havendo, sobretudo, o

³⁸ BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

³⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

respeito ao princípio constitucional da isonomia no que diz respeito aos genitores. Dessa forma, a preservação das relações filiais com ambos os pais, constitui ponto extremamente benéfico a fim de atingir o melhor interesse da criança/adolescente.

“Com efeito, o objetivo da lei é o de assegurar o direito à convivência familiar, em sua maior plenitude possível, entre pais e filhos, convocando àqueles a assumir de forma efetiva o conteúdo da autoridade parental”.⁴⁰

O grande desafio na instituição da guarda compartilhada seria nos casos de litígio na separação dos casais, onde é de suma importância a atuação da equipe multidisciplinar a fim de auxiliar o estabelecimento do bom relacionamento entre os genitores, transformando um ambiente de animosidade, em um, no mínimo, respeitoso e com uma contribuição mútua para beneficiar aquele que não pode ser prejudicado pela separação: o filho.

Conforme Leonice Troiani e Claudia Cinara Locateli:

A vantagem de se estabelecer a guarda compartilhada está em priorizar o melhor interesse da criança ou do adolescente, permitir que a criança tenha acesso aos genitores sempre que sentir necessidade, além de os pais aumentarem sua disponibilidade com seus filhos, passa a existir entre os ex-cônjuges uma comunicação mais assídua, gerando uma confiança maior nos assuntos relacionados à prole. A guarda compartilhada é uma maneira de assegurar a participação ativa dos pais na vida de seus filhos, compartilhando decisões importantes, relativas aos filhos, conservando a união familiar, a convivência que havia antes da dissolução da sociedade conjugal.⁴¹

2.2 Aplicabilidade da guarda compartilhada a partir da Lei 13.058 de 2014

O Código Civil de 2002 é bastante claro ao taxar que a guarda compartilhada pode se dar: a) por requerimento consensual do pai e da mãe; b) por requerimento de um deles; c) por decisão judicial.

O pedido de guarda deve ser analisado pelo Magistrado, devendo ter o parecer do Ministério Público, mesmo nos casos onde seja consensual a sua determinação, para fins de homologação. Se litigioso for, requer-se o estudo psicossocial dos envolvidos na demanda e

⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 76.

⁴¹ TROIANI, Leonice; LOCATELI, Claudia Cinara. **Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. In: **Família e Sucessões**. Revista IBDFAM, jun. 2016.

instrução para que o juiz possa ter elementos para decidir cada caso concreto de acordo com suas peculiaridades.

Destacando as três possibilidades de concessão da guarda conjunta, pode-se analisar que quando o requerimento é realizado por apenas uma das partes ou quando o magistrado decide pela guarda compartilhada, tem-se, então, possivelmente, uma das partes insatisfeita com a instituição dessa modalidade de guarda.

Maria Berenice Dias, leciona:

Mesmo que ambos os pais discordem, o juiz pode impor o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, comprovado que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico., para desempenharem a contento as funções parentais. Essa forma, com certeza, traz menos malefícios ao filho do que a regulamentação minuciosa das visitas, com a definição de dias e horários e a previsão de sanções para o caso de inadimplemento.⁴²

Portanto, principalmente nos casos litigiosos, o bom senso deve nortear a decisão judicial, com apoio de informações técnicas para que possa ser possível atingir um estado de harmonia entre os genitores, por mais que não seja vontade mútua o compartilhamento da guarda, para o desenvolvimento do menor não ser prejudicado e o principal objetivo do instituto possa ser respeitado: o melhor interesse da criança/adolescente.

A presença da equipe interdisciplinar é de suma importância para a preservação do bem-estar da criança. A equipe irá agir entendendo a especificidade de cada caso e tentará amenizar a separação conjugal de modo que não constitua uma chaga que afete a vida dos genitores e, muito menos, o desenvolvimento da prole. Psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais procurarão nortear a solução dos litígios familiares pela busca de uma igualdade ideal de direitos entre os pais separados, sempre, como dito, na busca do melhor interesse da criança.

A principal controvérsia que envolve a guarda compartilhada, após a entrada em vigor da Lei 13.058 de 2014 é a aplicação do instituto mesmo quando não haja consenso entre os pais, como disposto no artigo 1584, §2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.⁴³

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental**. In: Família e Sucessões. Revista IBDFAM, mai. 2015.

⁴³ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em:

Acerca do tema, Rolf Madaleno e Rafael Madaleno asseveraram:

Possíveis conflitos sempre servem como desculpa para não ser implantada uma custódia conjunta, sendo certo que os agudos e constantes enfrentamentos, frutos de um profundo conflito tornam bastante difícil a guarda conjunta, pois colocam em risco a estabilidade emocional e educacional da prole, que é diariamente inserida em diferentes dinâmicas familiares, muitas delas propositalmente submetidas a comandos em que os pais querem apenas contrariar e desautorizar a educação transmitida pelo outro genitor. Os pais devem alcançar por seu próprio esforço uma faixa neutra e isenta de conflitos, se possível por sua livre consciência e vontade, outras vezes sendo forçados a conviverem em custódia conjunta jurídica para aprenderem a encontrar a harmonia necessária e o ambiente ideal para a sadia criação de seus filhos. A hostilidade dos pais não impede a custódia compartilhada compulsória como vem demonstrando os arestos colacionados pela Min. Nancy Andrighi em seus julgados perante o STJ.⁴⁴

Corroborando o entendimento da citada doutrina e a aplicação da legislação pátria:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14.

2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema.

3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória.

4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.⁴⁵

Busca-se, então, a aplicação da guarda compartilhada mesmo nos casos onde haja uma separação litigiosa entre o casal. Doutrina e jurisprudência caminham no mesmo sentido de que

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁴⁴ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 252.

⁴⁵ IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Recurso Especial n. 1.560.594-RS**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Turma: Terceira Turma Julgamento: 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/\(STJ%202016\)%20REsp%201_560_594%20-%20guarda%20compartilhada_%20desaven%C3%A7as%20entre%20os%20pais_%20irrelev%C3%A2ncia%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/(STJ%202016)%20REsp%201_560_594%20-%20guarda%20compartilhada_%20desaven%C3%A7as%20entre%20os%20pais_%20irrelev%C3%A2ncia%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

o instituto seria o caminho para defender o melhor interesse do jovem, filho do casal que se separou.

Deve-se encarar, todavia, que pode ocorrer a impossibilidade da instituição da guarda conjunta em momento imediatamente posterior à dissolução da sociedade conjugal, devido à grande animosidade entre os genitores, o que acarretaria, possivelmente, em inúmeros transtornos na vida de ambos e na vida do menor. Porém, isso não impede que, posteriormente, após apoio da equipe multidisciplinar, dando total suporte psicológico ou psiquiátrico aos pais, haja alteração da guarda unilateral para a guarda compartilhada.

Uma solução bastante plausível para os casos onde não haja consenso para a instituição da guarda, seria a aplicação do instituto da mediação como forma de amenizar as possíveis desavenças que comprometam o desenvolvimento da criança/adolescente e o seu relacionamento com seus genitores. Passando pela mediação, os pais poderiam chegar a um acordo, de forma pacífica, diante de mútua contribuição em prol do bem-estar de seus filhos.

Conforme depreende-se do artigo escrito por Vitor Almeida e Renata Vilela Multedo:

A insatisfação com as formas de abordagens dos conflitos, sobretudo na seara do direito de família, tem identificado a mediação como o complemento ideal de auxílio à justiça, na medida em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social.⁴⁶

E prosseguem:

A busca pela melhor solução do caso concreto à luz do diálogo e das recíprocas concessões, ao invés da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juíz, mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. Ao contrário da lógica do ganhar e perder, ínsita aos processos judiciais, a mediação busca que as partes em conflito identifiquem por si mesmas as alternativas do benefício mútuo.⁴⁷

Logo, por mais que existam os possíveis problemas acarretados pela separação litigiosa, tendo a consequente impossibilidade de imposição da guarda compartilhada, diversos

⁴⁶ MULTEDO, Renata Vilela; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial – Comentários ao Resp. 1.251.000/MG. In: **Civilista.com**. Ano 1. N. 2, 2012. Disponível em: <civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Vilela-e-Almeida-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

⁴⁷ *Id. Ibidem*.

são os mecanismos para que os problemas sejam amenizados e a criança possa desfrutar do convívio harmônico com ambos os genitores. Sendo imprescindível, como já exposto, o apoio da equipe multidisciplinar que cuidará, em cada caso concreto, do bem-estar da criança em que pese o não tão bom convívio entre os pais.

Após instituída, a guarda compartilhada deverá ser fielmente respeitada pelos pais do menor, para que não seja necessária a modificação da modalidade de guarda diante de possível comportamento inaceitável dos genitores, conforme demonstra o artigo 1584, § 4º do Código Civil de 2002: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”.⁴⁸ Medida que, certamente, pode prejudicar o interesse do filho e merece crítica nesse sentido.

2.1 Alienação parental, um perigo que deve ser combatido

Segundo Lenita Pacheco, com base em ensinamentos de Richard Gardner, a alienação parental pode ser entendida como “um conjunto de sintomas apresentados pelos filhos como sendo resultantes da influência de um dos genitores, que se utiliza de diversas estratégias tentando manipulá-los com o objetivo de bloquear, impedir e até destruir seus vínculos”.⁴⁹

A alienação parental é um dos grandes riscos quando há uma separação litigiosa entre os genitores. Quando há o término de um relacionamento, é normal que se preservem rancores e animosidades entre aqueles que deram fim à união. Desse modo, as crianças que foram geradas por esse casal podem sofrer os impactos do término, por exemplo quando um genitor denigre a imagem do outro frente ao menor. Essa interferência na formação psicológica da criança / adolescente promovida ou induzida por um dos genitores caracteriza-se como alienação parental.

A alienação realizada por um dos pais visa prejudicar a relação da criança/adolescente com o outro, tendo como objetivo o afastamento do menor. Essa forte pressão psicológica induz o distanciamento entre estes.

⁴⁸ BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁴⁹ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **O que se espera com a guarda compartilhada nos casos de alienação parental: fragmentos da clínica com uma criança**. In: Família e Sucessões. Revista IBDFAM, ago. 2015.

Em 2010 foi editada a Lei de Alienação Parental, Lei nº 12.318/2010, que define o instituto em seu art. 2º:

Art. 2º. 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.⁵⁰

Logo, quando há a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, assim deve ser feito, levando-se em conta que os casais recém-separados deverão ter todo o apoio de uma equipe multidisciplinar e do instituto da mediação a fim de haver respeito mútuo e um bom relacionamento para que o desenvolvimento da criança/adolescente não seja prejudicado.

Diante desse panorama, a guarda compartilhada poderá evitar a alienação parental, pois permitirá que os pais possuam iguais condições para contribuir com o desenvolvimento do filho menor, fazendo com que haja menor possibilidade de interferência na formação psicológica da criança. Não havendo um genitor que seja o guardião do menor, as possibilidades da ocorrência da referida alienação são restringidas, embora ainda possa ocorrer.

Nos momentos de litígio é que surgem os sinais característicos da alienação parental, porém, para evitar este quadro sombrio, é preciso que, além das regras legais e dos comandos do juiz, os interessados na guarda dos filhos, quando da aplicação da guarda compartilhada, mantenham diálogo e respeito mútuo, a fim de que o instituto atinja seu principal objetivo, qual seja o bem-estar da criança.⁵¹

A Lei 12.318/2010, em seu artigo 7º, assevera que em casos onde haja a alienação parental, deverá haver a atribuição ou alteração da guarda tendo preferência o genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁵¹ OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. 01. São Paulo: IASP, Jul/Ago 2014.

⁵² BRASIL. *Op. Cit.*

Euclides de Oliveira assim estabeleceu acerca da alienação parental e de como os pais devem se portar para evitar quadro tão prejudicial para o desenvolvimento da criança / adolescente:

Para evitar esse quadro sombrio, é preciso que, além das regras legais e dos comandos do juiz, os interessados na guarda dos filhos, pais e mães, mantenham diálogo e respeito mútuo. Esses são os deveres básicos, que levam ao consenso e evitam que se acendam litígios. Os pais separados devem esquecer as suas mágoas e rancores e ter em mente que os filhos não são culpados pela separação, mas sim as vítimas dos erros paternos ou maternos, e que por isso necessitam continuar integrados numa família que, mesmo desfeita no plano conjugal, pode e deve subsistir como uma comunidade respeitosa e civilizada, a servir de base para uma integração social dos seus membros.⁵³

⁵³ OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. 01. São Paulo: IASP, Jul/Ago 2014.

CAPÍTULO 3

MEDIAÇÃO

O instituto da mediação passou a ocupar lugar de grande destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Diante da crise do Judiciário, a Mediação passou a constituir um novo olhar sobre o Jurídico. Foi depositado na mediação, equivocadamente, a esperança de tornar o acesso à justiça mais eficaz, exclusivamente pela via da jurisdição do Estado, dada a grande demanda de conflitos enviada ao Judiciário. Tendo em vista que o acesso à justiça é garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos.

Tem-se que essa esperança é equivocada pois a mediação não deve ser vista apenas como instrumento de política pública para desafogar o Judiciário, sendo uma simples forma de resolução de conflitos, já que assim não haverá a implantação de um novo método que modificará o Sistema, e sim, a manutenção de um sistema viciado, com os mesmos problemas antes deflagrados.

Porém, se a mediação for implementada, não constituirá um simples meio de resolução de conflitos, mas um meio capaz de criar um sistema responsável por humanizar o modo de transformar estes conflitos.

Logo, vê-se que o que o Legislador e o Judiciário esperam da mediação é que esta seja uma ferramenta com capacidade de promover uma mudança estrutural do tecido social como um todo, valorizando as alternativas que o cidadão tem para atingir a satisfação de suas demandas.

Portanto, além de ser vista como um meio de desafogar o judiciário, como um instrumento célere de acesso à justiça e como um meio com menor custo para os cofres públicos e para o jurisdicionado, a mediação deve ser encarada como um instrumento de acesso à justiça, visando à formação de um sentimento de cidadania absoluta, atrelada ao princípio constitucional da dignidade humana.

O objeto da mediação é a solução mais adequada dos conflitos, preservando o relacionamento entre as pessoas e promovendo a pacificação social, a diminuição do volume de demandas no Judiciário, torna-se consequência desse procedimento.

A mediação pode ser considerada como um complemento ideal de auxílio à justiça, haja vista que não há a preocupação em saber qual o direito aplicável no caso concreto, e sim o objetivo de fortalecer a comunicação entre as pessoas, acolhendo as esferas afetiva e psíquica.

Joyce Cristina de Oliveira Rezende e Belinda Piltcher Haber Mandelbaum conceituam a mediação da seguinte maneira:

Pode-se definir mediação como um procedimento em que um terceiro imparcial, o mediador, ajuda as partes a conversarem sobre o conflito em que estão envolvidas. O advogado pode estar ou não presente nas reuniões na mediação privada, sendo sua presença obrigatória na mediação judicial. Não há um número predefinido de encontros, mas dificilmente uma reunião é suficiente. Vale ressaltar que a mediação não só procura solucionar o conflito de interesses existente, mas também estabelecer uma convivência harmoniosa no futuro.⁵⁴

Depreende-se que o mediador deve ser um facilitador na comunicação entre as pessoas em conflito, não ocupando, em hipótese alguma, o papel de julgar a demanda, dar sugestão ou orientar as pessoas. Embora ainda seja difícil visualizar nos casos concretos o mediador realizando a mediação de forma imparcial, sendo apenas um facilitador na comunicação, esse ideal deve ser perseguido para que o instituto possa atingir seu objetivo precípua e não causar interferências danosas à relação entre as partes.

A intervenção realizada pelo mediador deve ser confidencial e imparcial, sendo este um profissional qualificado que vise reestabelecer uma comunicação harmônica entre as partes do conflito. Seu papel é de levá-los a elaborar, por conta própria, acordos duráveis que levem em conta a necessidade de cada um e, principalmente, das crianças, quando envolvidas.

O trabalho da mediação tem como ponto de partida o reconhecimento do “valor social” de todos aqueles envolvidos em determinado conflito. Importante ter claro que, devido ao fato de vivermos em uma verdadeira “sociedade de indivíduos” (no sentido antropológico do termo), o exercício do diálogo, da compreensão de uma lógica do existir diversa da nossa não é uma tarefa a que estejamos habituados. Portanto, exige de todo aquele que se dedique ao trabalho de mediação uma atitude de introspecção e sensibilidade, capaz de perceber a melhor forma de expressar o seu reconhecimento por todos aqueles envolvidos no conflito. Essa atitude inicial do mediador favorece a criação de um ambiente dialógico. Único espaço possível para que se possa estabelecer um processo de reconhecimento mútuo das pessoas que participam do conflito.⁵⁵

⁵⁴ REZENDE, Joyce Cristina de Oliveira; MANDELBAUM, Belinda Plitcher Haber. **Mediação de conflitos com ex-casais: saúde da judicialização e entrada na psicologia.** In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Nº 11. Mar/Abr 2016, p. 8.

⁵⁵ ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Mediação e reconhecimento das pessoas.** Revista da Associação dos

Pressupõe-se, portanto, que o mediador deve cuidar da responsabilização dos protagonistas da demanda em elaborar, eles mesmos, acordos duradouros visando seu próprio bem-estar e de possíveis terceiros envolvidos na relação, principalmente se estes terceiros forem seus filhos, os quais o bem-estar deve ser seguido precipuamente em casos onde haja a ruptura conjugal.

Elena Inês Highton e Gladys Stella Álvarez defendem a mediação como uma nova política necessária para a resolução alternativa das disputas:

É necessário encarar a RAD (Resolução Alternativa das Disputas) como uma nova política necessária na administração da justiça. É por isso que a incorporação desses mecanismos para resolver conflitos sociais é uma das funções que o Estado moderno deve cumprir atualmente. A tolerância, a solução negociada e a busca do consenso constituem parte importante da nacionalidade republicana. Por isso, são bem-vindas as novas formas de fortalecer a capacidade de diálogo e a solução civilizada dos conflitos, sem a necessidade de continuar sobrecarregando os sistemas judiciais, especialmente quando é frustrante esperar, muitas vezes durante intermináveis anos, para se obter a esperada resolução do problema. A maior participação de todos dará confiança aos cidadãos na solução de suas diferenças.⁵⁶

O legislador conceituou a mediação da seguinte maneira na Lei 13.140 de 26 de junho de 2015: “Art. 1º, Parágrafo Único: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.⁵⁷

3.1 Lei 13.140/2015 e o novo código de processo civil

Duas importantes leis para a mediação foram aprovadas em 2015: Lei 13.140/2015⁵⁸ e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015⁵⁹). A primeira regulamenta a mediação e a segunda prevê a audiência de mediação durante o processo judicial, além de outras

Advogados de São Paulo, n. 123, 2014, p. 19.

⁵⁶ HIGHTON, Elena Inês; ÁLVAREZ, Gladys Stella. A mediação no cenário jurídico: seus limites – a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012, p. 203.

⁵⁷ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁸ *Id. Ibidem*.

⁵⁹ _____. Planalto. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

providências acerca do instituto.

A entrada em vigor das referidas leis ratifica a tendência do ordenamento jurídico brasileiro em buscar a desjudicialização e desburocratização a fim de dar maior celeridade à resolução de possíveis conflitos, humanizar a composição das demandas e retirar a carga excessiva dos Tribunais para a resolução das lides. Tem-se que há plena condição de obtenção de um direito voltado à autocomposição dos conflitos, pois pelo contentamento consensual individual haverá mais efetividade na resolução das demandas e menos custos.

3.1.1 Mediação no novo código de processo civil (Lei nº 13.105/2015)

O Novo Código de Processo Civil avançou consideravelmente ao Código de 1973⁶⁰, no que se refere ao instituto da mediação. Anteriormente, a mediação nem sequer era mencionada pelo legislador, enquanto que no novo diploma processual há trinta e nove menções expressas espalhadas por seus artigos. Evidenciando, o objetivo do legislador em acompanhar a evolução do direito e da sociedade.

A mediação é mencionada pela primeira vez no diploma processual em seu artigo 3º, § 2º que determina que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, sendo complementado pelo § 3º que determinou que a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos “deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.⁶¹

Resta evidente que o Novo Código de Processo Civil reconhece natureza jurídica jurisdicional aos mecanismos autocompositivos. Logo, a mediação tanto poderá ser ofertada extrajudicialmente, como no curso dos processos judiciais.

Os princípios norteadores da mediação também encontram guarida no diploma processual civil. O artigo 166, revela que a atuação dos mediadores deve ser pautada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia de vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Este último princípio

⁶⁰ BRASIL. Planalto. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁶¹ _____. Planalto. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

é o único que não encontra correspondência na Lei de Mediação, dessa forma é necessária a explicitação de sua relevância:

Considerado por alguns como corolário do princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual, o princípio da decisão informada estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram. Nesse sentido, somente será legítima a resolução de uma disputa por meio de autocomposição se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência desse seu direito subjetivo. Da mesma forma, por razões melhor explicadas pela psicologia cognitiva, frequentemente as partes têm suas percepções quanto aos fatos ou aos seus interesses alteradas em razão do envolvimento emocional de uma disputa. Nesse contexto, cabe ao mediador o uso de técnicas específicas (e.g. teste de realidade) para que as partes possam aprender a utilizar da melhor maneira possível o processo autocompositivo.⁶²

Ademais, o artigo 168 assegura às partes o direito de escolher, conjuntamente, um mediador para atuar no processo, podendo este terceiro ter ou não cadastro no tribunal. Tal garantia se deve ao fato do terceiro ter que inspirar confiança aos interessados.

Outra inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil é a possibilidade das sessões virtuais de mediação. É prevista que a realização de audiências de conciliação e mediação poderão ser realizadas por meio eletrônico (art. 334, §7º, NCPC).

Embora ainda provoque certo desconforto, pois suprime o caráter pessoal das negociações, boa parte da doutrina e da jurisprudência já se convenceu que o método é conveniente tendo em vista que reduz os custos operacionais e conecta pessoas localizadas em diferentes partes do mundo. Além disso, a mediação virtual já é amplamente utilizada e bem-sucedida em países como a Alemanha, Estados Unidos, Holanda e Argentina.

O Novo Código de Processo Civil elencou expressamente a mediação e a conciliação como formas de autocomposição dos conflitos. A fim de que os institutos não fossem trocados, não gerando confusão na aplicação e consequente prejuízo às partes da demanda, o legislador limitou a aplicação de ambas no artigo 166 da lei processual.

No § 3º do artigo 166, diz que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio,

⁶² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012, p. 235.

sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

A conciliação, portanto, pode ser tida como uma reorganização lógica, no que diz respeito aos direitos que cada parte da demanda acredita ter, eliminando os pontos incontroversos, para limitar a lide. Utilizando-se de técnicas de convencimento, o conciliador objetiva corrigir qualquer ponto que vá de encontro com a harmonização do conflito, buscando a aproximação entre as partes.

Enquanto que no § 4º do mesmo artigo 166, versa que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Ou seja, a mediação tem uma linguagem própria sem que o mediador atue no convencimento das partes. É uma prática que não comporta o julgamento, e sim a compreensão do conflito e o auxílio na autocomposição do mesmo.

A principal diferença entre a conciliação e a mediação é que esta atua na origem do conflito, portanto, não tem como objetivo um acordo, mas sim a compreensão da forma de comunicação que impera entre os conflitantes e a busca para que as próprias partes cheguem a uma solução harmônica de suas divergências.

3.1.2 A lei de mediação (Lei nº 13.140/2015)

A Lei 13.140/2015, trata da mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e, além disso, sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.⁶³ A referida promoveu alterações em dois diplomas legais que a antecederam, foram eles o Decreto nº 70.235/1972⁶⁴ e a Lei nº 9.469/1997⁶⁵.

⁶³ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶⁴ _____. Planalto. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶⁵ _____. Planalto. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Em seu artigo 1º, o legislador tratou de conceituar o instituto da mediação retirando, portanto, esta incumbência da doutrina e da jurisprudência que, obviamente, devem acatar o exposto. Em consonância com o exposto no Novo Código de Processo Civil reforça que a mediação deve ser conduzida por um terceiro imparcial, revelando no parágrafo único do artigo 5º que este mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que o impeça de exercer a mediação, devido a uma possível dúvida acerca de sua imparcialidade.

Prosseguindo, o legislador, no artigo 2º da supracitada lei, elencou os princípios norteadores da mediação. Ratificou os expressos no Novo Código de Processo Civil, além de deixar implícita a importância da boa-fé nas práticas de autocomposição dos conflitos. O princípio da autonomia da vontade pode ser vislumbrado no §2º, do artigo 3º, sendo que qualquer imposição ou constrangimento a qualquer das partes retiraria o caráter autocompositivo do processo de mediação.

O artigo 3º da lei em comento esclarece que podem ser objeto da mediação tanto os conflitos que versem sobre direitos disponíveis quanto aqueles sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Tendo que, na última hipótese, que haver a homologação em juízo da composição alcançada pelas partes, sendo necessária a oitiva do *Parquet* sobre os termos do acordo (§ 2º).

Outro artigo que merece destaque é o artigo 16 que deixa claro que as partes podem requerer ao Juiz a suspensão do processo arbitral ou judicial em curso por prazo suficiente à tentativa de resolução consensual do litígio.

Posteriormente, o artigo 17 considera instituída a mediação no dia designado para a primeira reunião da mesma. O parágrafo único do referido artigo esclarece que o prazo prescricional da ação fica suspenso enquanto durar o procedimento da autocomposição.

Quanto à função do mediador a Lei 13.140/2015 defende que o mesmo deve ser designado pelo Tribunal ou escolhido pelas partes, conduzindo ele o procedimento e buscando o consenso e o entendimento destas. Tendo como dever informar às partes envolvidas, antes de aceitar sua função, todo e qualquer impedimento, ou seja, qualquer circunstância que possa prejudicar sua imparcialidade (Artigos 6º e 8º destacam estes impedimentos).

Sendo cediço que a mediação pode se dar através de manifestação judicial e manifestação extrajudicial, os principais pontos em comum entre ambas são: a) a instrução inicial das partes pelo mediador, especialmente acerca da confidencialidade em torno do

processo; b) a possibilidade de se admitir outro mediador no mesmo procedimento (artigo 15) e; c) possibilidade de composição mesmo se houver processo arbitral ou judicial em curso.

Quanto à diferenciação entre a mediação judicial e a extrajudicial, a Lei de Mediação, em seu artigo 22, estabeleceu formalidades mínimas para o processamento da mediação extrajudicial às margens do Poder Judiciário e, em seu artigo 24, explicita que, embora haja o estímulo para autocomposição dos conflitos, todo o processo de mediação judicial fica dependente do órgão judicial que já possui uma série de atribuições e responsabilidades.

Nos artigos 12 e 25, da Lei 13.140/2015, o legislador proibiu a escolha do mediador que irá atuar no processo de mediação judicial, ao contrário do que dispõe o artigo 168, §§1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 12 da Lei 13.140/2015 - Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

[...]

Art. 25 da Lei 13.140/2015 - Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.⁶⁶

Art. 168 do Novo Código de Processo Civil – As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º. Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.⁶⁷

Deflagra-se a principal disparidade entre os dois diplomas legais, configurando a antinomia entre as duas normas. Enquanto o Novo Código de Processo Civil, em respeito aos princípios da autonomia da vontade e ao princípio da informalidade assegurou às partes a possibilidade de indicar mediador nas mediações judiciais, a Lei de Mediação não conferiu tal faculdade por força do supracitado artigo 25.

Nesses casos, teoricamente, a Lei Especial (Lei de Mediação) prevalece sobre a lei genérica (Novo Código de Processo Civil). Porém, parte da Doutrina defende que o melhor

⁶⁶ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁶⁷ _____. Planalto. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

caminho a ser seguido é aplicar a teoria do diálogo das fontes com o intuito de compatibilizar as duas normas colidentes e assegurar uma solução harmônica e favorável para as partes na escolha da mediação. Nesse sentido, leciona Cláudia Lima Marques:

Muda-se o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar sua ratio, a finalidade visada ou narrada em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.⁶⁸

Diante desse cenário, espera-se que o entendimento seja pacificado, buscando a melhor solução para que o instituto da mediação não tenha seus valores e características distorcidos e o fim colimado possa ser atingido.

3.2 A mediação nos processos de guarda compartilhada

Após o término da relação conjugal, faz-se necessário que haja uma espécie de rearranjo familiar, onde os pais não viverão mais na mesma residência e os filhos terão que se adaptar a esse novo modo de vida. Diante dessa necessidade, o modo como a relação entre pais e filhos passará a ser exercida deverá seguir a regra imposta pelo ordenamento civil, que diz respeito à imposição da guarda compartilhada. Mas como impor a guarda compartilhada sem que haja um bom relacionamento entre os genitores? Sem que haja concordância das práticas a serem adotadas para o desenvolvimento pessoal e afetivo da prole? Sem que seja criado um bom ambiente para o desenvolvimento da criança e do adolescente?

Nesse panorama onde as animosidades pelo término conjugal insistem em aparecer, o instituto da mediação aparece como uma solução para a autocomposição dos possíveis conflitos, sendo uma forma menos traumática, tanto para os genitores, quanto para os filhos do casal recém-separado. O mediador se posicionará, imparcialmente, entre o casal e seus filhos a

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Esmesa, n. 07, 2014. In: SIVIERO, Karine Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação**. Rio Grande do Sul: Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir.UFRGS, 2015.

fim de fazer com que eles próprios observem o melhor caminho a ser seguido, afastando a alienação parental e observando, fundamentalmente, o princípio do melhor interesse da criança.

Conforme explicita Águida Arruda Barbosa:

A fundamentação teórica da guarda compartilhada – ou da coparentalidade – é a organização do direito de convivência entre pais e filhos de acordo com o princípio da igualdade entre homem e mulher e entre pai e mãe, sempre consagrando o princípio do superior interesse da criança, com suporte no espírito da mediação.⁶⁹

A fim de observar a efetividade da instituição da guarda compartilhada, faz-se necessário que haja uma espécie de acompanhamento, tanto na construção do novo sistema a ser adotado por aquela família, quanto como forma de dar suporte até o momento onde os pais se encontrarão seguros para lidar com essa nova forma de convivência.

A prática da mediação configura uma forma de problemas emocionais e afetivos serem evidenciados e solucionados entre os genitores, o que não seria possível pelas formas tradicionais de solução de litígios. A técnica da mediação, nos casos de Direito de Família, principalmente nos que versem acerca da aplicação da guarda compartilhada, busca afastar os longos e desgastantes litígios judiciais que apenas fragilizam a relação entre os genitores e seus filhos. Portanto, dadas as exigências contemporâneas, expostas pelo ordenamento civil quanto à imposição da guarda compartilhada, não mais como exceção, mas como regra, os meios alternativos de solução de conflitos ganham força e são extremamente necessários para o alcance do precípua objetivo, qual seja o bem-estar da criança e do adolescente.

A *Association Pour la Médiation Familiale*, em 1998, adotou o seguinte conceito para mediação, relacionando o instituto aos casos que envolvem o Direito de Família:

A mediação familiar, notadamente, em matéria de separação e divórcio, é um processo de gestão de conflitos no qual os membros da família demandam ou aceitam a intervenção confidencial e imparcial de uma terceira pessoa, o mediador familiar, cujo papel é o de levá-los a encontrar por si próprios as bases de arranjos duráveis e mutuamente aceitos, levando em conta as necessidades de cada um e particularmente das crianças no espírito da desunião, principalmente relacionais, econômicas, patrimoniais. Este processo pode ser acessível ao conjunto de membros da família (ascendentes, descendentes, colaterais) concernentes à ruptura da comunicação cuja

⁶⁹ BARBOSA, Águida Arruda. **Guarda compartilhada e mediação familiar - uma parceria necessária**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano 01, nº 1, Jul/Ago 2014, p. 26. Disponível em: <www.mediationfamiliale.fr>. Acesso em: 15 jan. 2017.

origem está vinculada à uma separação.⁷⁰

Diante de tal conceituação vê-se uma tendência mundial de adoção da mediação no que tange aos conflitos que envolvam as relações familiares. No Brasil, conforme exposto, a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil trataram de evidenciar a relevância do instituto para a autocomposição dos litígios.

No campo do direito de família, os conflitos são carregados de uma alta carga de afetividade, o que torna o conversar muito mais difícil, dessa forma, o mediador deve ter a sensibilidade de entender todos os contornos da relação entre os genitores recém-separados.

Por se tratar de uma relação com alta carga emotiva, um conhecimento interdisciplinar deve ser desenvolvido para auxiliar na mediação e fazer com que as partes cheguem, por elas próprias, a um consenso e adotem a guarda compartilhada como a melhor maneira de auxiliar no desenvolvimento de seus filhos.

Hilton Japiassu conceitua o que seria essa interdisciplinariedade a ser adotada nas mediações familiares:

Corresponde a uma evolução dos tempos atuais, resultante de um caminho irreversível, vindo preencher os vazios deixados pelo saber proveniente das áreas de especialidade do conhecimento, constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma, por empréstimo, os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior, desencadeando uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem.⁷¹

Portanto, vê-se que a mediação familiar deve ser aplicada quando os pais, em situação de conflito, não elevam a objetivo principal o melhor interesse da criança e criam uma série de empecilhos para a aplicação do instituto da guarda compartilhada. Diante disso, há necessidade da implantação de uma mediação interdisciplinar que enfoque a humanização da solução, através da compreensão e harmonização do conflito existente entre os genitores.

A Ministra Nancy Andrichi proferiu a seguinte decisão em julgado do Superior

⁷⁰ www.mediationfamiliale.fr apud BARBOSA, Águida Arruda. **Guarda compartilhada e mediação familiar - uma parceria necessária**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano 01, nº 1, Jul/Ago 2014, p. 28.

⁷¹ JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago. 1976, p. 72.

Tribunal de Justiça:

Busca-se, por esta ação interdisciplinar, primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre pais; segundo, vivenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada; e terceiro, construir as linhas mestras para o exercício do poder familiar de forma conjunta, ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência.⁷²

Embora a guarda compartilhada, sendo adotada após a prática da mediação, seja o modelo ideal a ser seguido a fim de proporcionar uma boa relação entre os genitores e entre estes e seus filhos, além de proporcionar o bom desenvolvimento para a prole, ambos os institutos possuem certas restrições e limitações que devem ser observadas. Nos dizeres de Águida Barbosa:

Tanto a mediação como a guarda compartilhada têm limites, não se aplicando a determinados casos. O principal impedimento é a ausência de disponibilidade de um dos genitores em exercer a guarda compartilhada, por se sentir incapaz de assumir responsabilidades parentais. Sentem-se também desmotivados a participarem de uma instância de mediação. Em tais casos, o Judiciário pode exercer importante papel na conscientização do genitor pouco preparado para assumir a responsabilidade parental. A pressão do limite da lei e do valor simbólico do jurídico sobre o indivíduo pode desencadear uma atitude mais adulta e capaz de aceitar a colaboração ofertada pelo Juiz, desde que este tenha conhecimento e domínio do método da mediação. É inadequado propor guarda compartilhada quando um dos genitores é portador de distúrbio psíquico grave, ou que não se submete a tratamento, assim como a presença de adicção a álcool ou dependência química, oferecendo insegurança à criança e ao adolescente.⁷³

Logo, evidencia-se que tanto a mediação, quanto a guarda compartilhada não devem ser perseguidas a todo custo, devendo haver a correta ponderação sobre a possibilidade de aplicação de ambos os institutos nos casos concretos.

A composição da guarda compartilhada com o instituto da mediação torna-se necessária para que todos os objetivos propostos por ambas sejam devidamente satisfeitos. Os pais devem possuir uma relação harmônica, após o fim da sua relação conjugal, estabelecendo

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.251.000/MG (2011/0084897-5)**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julgamento: 18 de agosto de 2011. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 26 dez. 2016.

⁷³ BARBOSA, Águida Arruda. **Guarda compartilhada e mediação familiar – uma parceria necessária**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano 01, nº 1, Jul/Ago, 2014, p. 35-36.

o diálogo como forma de sanar possíveis divergências, acerca da educação e do desenvolvimento de seus filhos. Além disso, os filhos devem se sentir valorizados e equidistantes de ambos genitores para que seu melhor interesse seja observado acima de qualquer circunstância. Ou seja, é imprescindível que os dois institutos se coadunem e caminhem no mesmo sentido para a satisfação dos filhos e, consequentemente, dos pais.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, faz-se necessária a diferenciação entre poder familiar e guarda para que não haja qualquer confusão entre os dois institutos, que por vezes se assemelham, mas possuem características bem distintas. Tendo em vista que um genitor poderá possuir o poder familiar e não deter a guarda, por exemplo.

Diante da diferenciação dos diversos tipos de guarda, o legislador optou pela instituição da guarda compartilhada como regra geral, pressupondo que esta seja a mais indicada para atingir de maneira mais eficaz o melhor interesse da criança, contribuindo para seu desenvolvimento e, além disso, para que não haja altos índices de alienação parental.

Desse modo, a guarda compartilhada deve ser estimulada, configurando uma maneira de proporcionar aos pais, mesmo que separados conjugalmente, participação ativa na vida de sua prole. Porém, esse estímulo à guarda compartilhada não deve ser feito de maneira irrestrita e a mediação familiar interdisciplinar, forma consensual de resolução de conflitos, deve ser empregada como forma de prevenção de possíveis conflitos e de suporte para aqueles que terão que se adequar a um novo panorama no que pertine ao arranjo de família.

Essa mediação familiar interdisciplinar, deve ser assim intitulada por possuir a peculiaridade de não ter as resoluções dos conflitos pautadas na tradicional abordagem e, sim, uma resolução onde o mediador, terceiro imparcial, possua as atribuições e a sensibilidade para humanizar o conflito não observando apenas o viés jurídico da situação.

Resta claro, que a combinação entre a guarda compartilhada e a mediação devem, irrestritamente, seguir o fim principal e inafastável: o bem-estar da criança e do adolescente. Estes encontram-se no cerne da relação e devem ser protegidos e ter seu desenvolvimento garantido por aqueles que detém sua guarda.

A guarda compartilhada deve ser concebida para que os encargos na criação da prole sejam repartidos, o seu bem-estar assegurado e para que, conseqüentemente, os pais tenham segurança para o refazimento de sua vida afetiva. E isto só será possível através de uma solução harmoniosa dos possíveis conflitos, que deverá ser buscada através de um instituto que proporcione a resolução consensual dos litígios: a mediação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis. Mediação e reconhecimento das pessoas. Edição, cidade e editora? 2014.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda compartilhada e mediação familiar - uma parceria necessária. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano 01, nº 1, Jul/Ago 2014, p. 26. Disponível em: <www.mediationfamiliale.fr>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Planalto. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

_____. Planalto. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.251.000/MG (2011/0084897-5).** Terceira Turma. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julgamento: 18 de agosto de 2011. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 1251000/MG.** 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 23.08.11. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 1.428.596 – RS (2013/0376172-9).** 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 03/06/2014. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0071776-92.2014.815.2001.** 5ª Vara de Família da Comarca da Capital. Relator: Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Julgamento: 22/03/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca...>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CORNU, Gérard (org.). Vocabulaire Juridique. Paris: Association Henri Capitant, PUF - Presses Universitaires de France, 2001, p. 407-408. *apud* BARBOSA, Águida Arruda. **Guarda compartilhada e mediação familiar – uma parceria necessária.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano 01, Nº 1, Jul/Ago 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental.** In: Família e Sucessões. Revista IBDFAM, mai. 2015.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. O que se espera com a guarda compartilhada nos casos de alienação parental: fragmentos da clínica com uma criança. *In: Família e Sucessões*. Revista IBDFAM, ago. 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HIGHTON, Elena Inés; ÁLVAREZ, Gladys Stella. A mediação no cenário jurídico: seus limites – a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem. *In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Recurso Especial n. 1.560.594-RS**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Turma: ??? Julgamento: ??? Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/\(STJ%202016\)%20REsp%201_560_594%20-%20guarda%20compartilhada_%20desaven%C3%A7as%20entre%20os%20pais_%20irrelev%C3%A2ncia%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/(STJ%202016)%20REsp%201_560_594%20-%20guarda%20compartilhada_%20desaven%C3%A7as%20entre%20os%20pais_%20irrelev%C3%A2ncia%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago. 1976.

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

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmesa*, n. 07, 2014. *In: SIVIERO, Karine Silva. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação*. Rio Grande do Sul: Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir.UFRGS, 2015.

MULTEDO, Renata Vilela; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial – Comentários ao Resp. 1.251.000/MG. *In: Civilista.com*. Ano 1. N. 2, 2012. Disponível em: <civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Vilela-e-Almeida-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar**. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. 01. São Paulo: IASP, Jul/Ago 2014.

REZENDE, Joyce Cristina de Oliveira; MANDELBAUM, Belinda Plitcher Haber. **Mediação de conflitos com ex-casais: saúde da judicialização e entrada na psicologização**. *In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Nº 11. Mar/Abr 2016.

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.058/2014 – Parte 1 e 2.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. Manual de direito das famílias e das sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: **Revista trimestral de direito civil.** V. 17, jan/mar. 2004.

TROIANI, Leonice; LOCATELI, Claudia Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **Família e Sucessões.** Revista IBDFAM, jun. 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda compartilhada: um jeito de conviver e ser-em-família.** Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2009.

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ – ITR / BIBLIOTECA

A guarda compartilhada no brasil após a promulgação da lei 13.058/2014 e a
utilização do instituto da mediação para a resolução dos conflitos

Mendes, Lucas Esteves / Lucas Esteves Mendes – 2017.

52 f.

Orientadora: Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Direito Civil – Monografia. 2. Direito de Família – Monografia. 3. Guarda
Compartilhada - Monografia.

Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade Federal
Rural do Rio de Janeiro - Faculdade de Direito.

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese,
desde que citada a fonte.

Assinatura

Data