

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

GUARDA COMPARTILHADA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO POSITIVO
BRASILEIRO

CLÁUDIO GONÇALVES LOPES

RIO DE JANEIRO
2008

CLÁUDIO GONÇALVES LOPES

GUARDA COMPARTILHADA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO POSITIVO
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva

RIO DE JANEIRO

2008

Lopes, Cláudio Gonçalves.

Guarda compartilhada e sua inserção no direito positivo brasileiro / Cláudio Gonçalves Lopes.- 2008.

87 f.

Orientador: Leandro Ribeiro da Silva.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 59-61

1. Guarda compartilhada – Monografias. 2. Modalidades de guarda. I Silva, Leandro Ribeiro da. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.16437

CLÁUDIO GONÇALVES LOPES

GUARDA COMPARTILHADA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO POSITIVO
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Leandro Ribeiro da Silva – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro –
Orientador

2º Examinador

3º Examinador

Dedico este trabalho à minha família,
por tudo o que ela significa para mim.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais que dedicaram suas vidas, com amor e sabedoria, na educação de seus filhos;

Aos meus irmãos que, nos momentos difíceis, sempre souberam mostrar a força de nossa união para a realização de nossos sonhos;

À Minha Linda esposa, Liliane, que foi meu porto seguro nas tempestades que vieram, incentivando-me a não esmorecer e continuar firme nos meus propósitos;

Aos amigos que, de uma forma ou de outra, participaram desta conquista;

E, sobretudo a Deus, sem o qual nada disso seria possível.

[...] a Vida, com todos os seus momentos de alegria e tristeza, e esperança, e medo, é apenas a chance para aprender o Amor: como o Amor pode ser, como foi e como é.

Robert Browning

RESUMO

LOPES, C. G. *guarda compartilhada e sua inserção no direito positivo brasileiro*. 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se a guarda compartilhada e sua inserção no direito brasileiro, através da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do instituto da guarda, as modalidades existentes e os critérios para a sua determinação. Na parte seguinte, é abordada a guarda compartilhada, como é tratada no direito comparado, seu conceito, suas conseqüências, vantagens e desvantagens. Aborda-se, também, a mediação familiar como instrumento de viabilização do modelo. Por fim, a terceira parte avalia a guarda compartilhada no direito positivo brasileiro, evidenciando seus fundamentos na lei que a institui, bem como noutros dispositivos legais, ressaltando a importância de sua positivação.

Palavras-Chave: Guarda; Guarda Compartilhada; Mediação Familiar; Lei nº 11.698/08.

ABSTRACT

LOPES, C. G. *guarda compartilhada e sua inserção no direito positivo brasileiro*. 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analyze the joint custody and their insertion in the Brazilian right, through Law 11698 of June 13, 2008. For better understanding of the subject, the first part back to the analysis of conceptual and historical aspects of the institute of custody, existing modalities and criteria for determining it. In the next part, is addressed to joint custody, as is treated in comparative law, its concept, its consequences, advantages and disadvantages. It addresses itself, too, family mediation as a tool for development of the model. Finally, the third party assesses the joint custody in Brazilian right positive, showing its roots in the law establishing it, and other legal devices, emphasizing the importance of their positive.

Keywords: Guard; Joint Custody; Family Mediation; Law 11698/08.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | O INSTITUTO DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO | 13 |
| 2.1 | A evolução no deferimento da guarda no Brasil, diante da ruptura conjugal | 13 |
| 2.2 | Definição de guarda | 16 |
| 2.3 | Modalidades de guarda | 19 |
| 2.4 | Critérios de determinação da guarda | 22 |
| 3 | GUARDA COMPARTILHADA | 28 |
| 3.1 | Guarda compartilhada no direito comparado | 28 |
| 3.2 | Conceito de guarda compartilhada | 31 |
| 3.3 | Conseqüências da guarda compartilhada | 33 |
| 3.4 | Vantagens e desvantagens do modelo | 36 |
| 3.5 | A mediação familiar como instrumento de viabilização da guarda compartilhada | 40 |
| 3.5.1 | <u>Conceito e aplicação da mediação familiar</u> | 40 |
| 3.5.2 | <u>Propostas de legalização da mediação no Brasil</u> | 44 |
| 4 | A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO | 49 |
| 4.1 | Posição do direito brasileiro quanto à guarda compartilhada | 49 |
| 4.1.1 | <u>A guarda compartilhada fundamentada na Lei nº 11.698/08</u> | 49 |
| 4.1.2 | <u>Outros fundamentos jurídicos da guarda compartilhada</u> | 51 |
| 4.2 | Importância da positivação do instituto | 53 |
| 5 | CONCLUSÃO | 56 |
| | REFERÊNCIAS | 59 |
| | ANEXOS | 62 |

1 INTRODUÇÃO

As mudanças econômicas, sociais e culturais ocorridas principalmente no meado do século passado atingiram diretamente a estrutura familiar. As relações familiares, que antes se

firmavam no poder que os pais tinham sobre os filhos, hoje se fortalecem no amor, no carinho e no respeito recíproco¹.

A revolução sexual dos anos setenta e o ingresso da mulher no mercado de trabalho provocaram uma alteração significativa no seio da família contemporânea, à medida que ela se viu sobrecarregada com as suas atividades trabalhistas e com os seus afazeres domésticos².

Destarte, aquele padrão de família em que a mãe ficava cuidando dos filhos e o pai cuidava de seu sustento econômico foi se mostrando inadequado aos novos anseios da sociedade, tornando necessária uma maior participação do homem nas responsabilidades dentro do lar, inclusive em relação aos filhos³.

Entretanto, com a ruptura conjugal, resultante do divórcio ou decorrente de dissolução da sociedade de fato, cria-se o problema da guarda dos filhos. Até bem pouco tempo atrás, o que permaneceu como regra foi o modelo tradicional em que a autoridade parental se concentra nas mãos de um só guardião e, na maioria dos casos, privilegia a mãe, deixando o homem reduzido a um papel verdadeiramente secundário de visitante e de mero pagador de pensão alimentícia⁴.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a redução da participação do genitor visitante nas responsabilidades com a prole após a separação conjugal acaba culminando no afastamento eminente desse genitor em relação aos filhos:

Assim, muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecidos, acabam se desinteressando pelos filhos e “abandonam” a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe. A maioria dos estudos (jurídicos e psicológicos) comprova que a visita, efetivamente realizada nos primeiros meses que sucedem à ruptura, tende a se espaçar e a desaparecer (quando o pai constitui nova família) com manifesta desvantagem para os filhos⁵.

No entanto, ao mesmo tempo em que a mulher reconheceu para si outras inquietações e possibilidades, o homem descobriu o seu instinto paternal, tornando-se mais responsável e

¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 167.

² SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Mizuno, 2008. p. 66.

³ GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit. p. 115.

⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit. p. 107.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 260.

mais envolvido no exercício cotidiano da parentalidade⁶. Nas duas últimas décadas, vem crescendo o número de pais divorciados que passaram a exigir mais contato com os filhos além do tradicional fim de semana a cada 15 dias⁷. Segundo Waldyr Grisard Filho:

O problema gerado por esta linha de raciocínio é que, se, até então, o pai natural, ou divorciado, se abstinha de ingerência na guarda e educação dos filhos, limitando-se ao papel secundário que lhe havia sido reservado pela lei (por ex.: visita ou companhia), a mudança de conduta mais recente revelou a ocorrência de um novo perfil paterno, até então insuspeitável: numerosos pais não mais se sujeitam a uma posição “lateral”, após a ruptura da união, e reivindicam a participação na educação de seus filhos, independente das previsões legais. Tanto na separação fática (no caso das famílias naturais) quanto nas jurídicas (próprias das famílias legítimas) todo um conjunto de reivindicações tem sido invocado pelos “novos” pais, colocando em cheque as previsões legais, até então, inquestionáveis nestas matérias⁸.

Além disso, o modelo de guarda exclusiva contribui para o enfrentamento dos pais quando ambos os genitores querem a guarda dos filhos, direcionando o trabalho de seus representantes legais para a tarefa de reunir provas que desqualifiquem a outra parte, com repercussões lesivas no relacionamento entre pais e filhos, muitas vezes irreversíveis⁹.

Efeitos negativos como esse juntamente com as transformações comportamentais nas relações familiares¹⁰ exigiram o aperfeiçoamento no mecanismo de proteção aos menores e no trato legislativo das relações familiares, motivando a busca por uma outra modalidade de guarda em que as tarefas estivessem mais equilibradamente distribuídas pelos dois genitores, proporcionando a divisão e o compartilhamento da educação, do sustento e da formação moral e afetiva das crianças¹¹.

Dessa maneira, foi preciso adaptar a legislação brasileira para atender à crescente demanda de pais divorciados quanto à guarda de seus filhos. Então, para instituir e disciplinar esta modalidade de guarda, foi aprovada a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2.008 (ANEXO A), que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2.002.

A guarda compartilhada surgiu, então, como resposta aos apelos desse novo quadro social, com o intuito de minorar as injustas conseqüências provocadas pelo modelo

⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 109.

⁷ MENEZES, Cynara. O lugar do pai. **Carta Capital**, São Paulo, nº 503, p. 10-15, 09 jul.2008.

⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 190-191.

⁹ Cf. nota 7.

¹⁰ Cf. nota 2.

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 263.

tradicional, permitindo aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos além do divórcio ¹².

Destarte, o objeto do presente trabalho de monografia é fazer uma abordagem acerca de pontos sobre a guarda compartilhada, demonstrando a importância de se ter preferência na sua utilização como modalidade de guarda, bem como, analisar a sua inserção no direito positivo brasileiro.

Para tal, será utilizado o tipo descritivo de pesquisa, através do procedimento bibliográfico de coleta de dados, demonstrando-se o estudo de construções doutrinárias de autores renomados acerca da referida modalidade, assim como, as interpretações sobre a legislação pertinente. Apresentar-se-ão tais construções doutrinárias que tiveram como fundamentos os métodos dedutivo, indutivo e dialético de abordagem do tema, bem como, os métodos histórico, comparativo e estatístico de procedimento, tendo todos, como meta final, a composição dos objetivos propostos.

Primeiramente, tratar-se-á do instituto da guarda no direito brasileiro, sendo que, antes de se fazer uma análise da definição, das modalidades existentes e dos critérios de sua determinação, mostrar-se-á a evolução no deferimento da guarda no Brasil, diante da ruptura conjugal.

No capítulo seguinte, abordar-se-á diretamente a guarda compartilhada, esclarecendo, inicialmente, a experiência no direito comparado, onde e quando ela surgiu e os países que a adotaram. Em seguida, serão expostos seu conceito, suas conseqüências, vantagens e desvantagens, apresentando a mediação familiar como instrumento de viabilização do modelo.

Finalmente, será feito um exame da inserção da guarda compartilhada no direito positivo brasileiro, revelando a sua fundamentação nos dispositivos legais existentes e ressaltando a importância desta positivação a fim de viabilizar o direito que os pais e filhos têm de manterem perenes e contínuas suas relações, atingindo, assim, o melhor interesse da criança, à medida que ambos os pais participam de forma mais “igualitária” no processo de sua formação.

¹² MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: Novas soluções para novos tempos**. In: Direito de Família e Ciências Humanas. Caderno de Estudos n° 03. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000. p. 89/90.

2 O INSTITUTO DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A evolução no deferimento da guarda no Brasil, diante da ruptura conjugal

Durante o decorrer do século XX, a sociedade passou por significantes modificações que afetaram diretamente a estrutura familiar. Relativamente à guarda, na ruptura das sociedades conjugais, passou de uma sociedade que privilegiava a figura paterna para o entendimento de que era a mãe quem possuía aptidões para gerir a vida dos filhos¹³.

A primeira norma no direito brasileiro sobre o destino de filhos de pais separados veio com o Decreto nº 181, de 1890, que cujo artigo 90 estabelecia que: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles [...]”.

Em 1916, com o Código Civil, distinguiram-se as hipóteses de dissolução amigável e judicial. Quando a dissolução era consensual, o artigo 325 mandava observar "o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos" e, quando a separação era judicial, o artigo 326 atentava para a ocorrência de culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, bem como para o sexo e idade dos filhos:

[...] havendo cônjuge inocente, com ele os filhos menores ficariam; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas menores e os filhos até os 6 (seis) anos, os quais, após essa idade, passariam à guarda do pai; os filhos menores, mas com mais de 6 (seis) anos passavam à guarda direta do pai; havendo motivos graves, o juiz, a bem dos filhos, poderia regular a guarda de maneira diferente.

Posteriormente, veio o Decreto-lei nº 3.200/41 que em seu artigo 16 determinava que a guarda do filho natural ficaria com o progenitor que o reconheceu e, se fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor.

Atendendo aos anseios do momento social em se encontrava, veio o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, que alterou o Código Civil sobre a disposição da guarda no desquite litigioso que, então, passou a vigorar da seguinte maneira: havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, não sendo mais observada a distinção de sexo e idade das crianças, salvo disposição contrária do juiz; e, verificando que os filhos não deveriam ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, no entanto, o direito de visitas.

¹³ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 65.

Posteriormente, a Lei nº 5.582/70 também modificou o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200/41, determinando que o filho natural, quando reconhecido pelo pai e pela mãe, ficasse sob a guarda da mãe, não mais do pai, a não ser que fosse prejudicial ao menor ou, caso necessário, deveria ocorrer a colocação do menor sob a guarda de alguém idôneo da família de qualquer um dos pais. A base da decisão judicial deveria ser sempre o interesse do menor. Essa idéia de retirar os filhos da guarda dos pais e confiá-los a terceira pessoa, por razões graves e insuperáveis, já tinha sido contemplada no artigo 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804:

Os filhos serão confiados ao cônjuge que obteve o divórcio, a não ser que o Tribunal, a pedido da família e do Ministério Público, e em vista das informações recolhidas em execução do artigo 238 (alínea 3), ordene, para maior vantagem dos filhos, que todos, ou alguns deles, sejam confiados aos cuidados quer do outro cônjuge, que de um terceira pessoa¹⁴.

Esse entendimento permaneceu, inclusive, com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que, apesar das peculiaridades e inovações, dispôs no § 1º de seu artigo 10 que: "Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles". Verifica-se, contudo, a absorção das regras a serem obedecidas quanto à guarda de filhos menores na ocorrência de dissolução da sociedade conjugal. Conforme verificamos na leitura do artigo 9º da referida lei: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (artigo 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos".

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 ter consagrado a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, bem como assegurado à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, os tribunais continuaram demonstrando a preferência ao deferimento da guarda para a mãe, nos casos de ruptura conjugal.

O Código Civil de 2002, assim como as anteriores disposições legais, não tratou especificamente do instituto da guarda, porém asseverou à preservação do melhor interesse do menor e manteve o capítulo destinado à proteção da pessoa dos filhos, como específico àquelas situações decorrentes da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal. Reproduziu, praticamente, o conteúdo das disposições vigentes, considerando que muitas

¹⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 52.

daquelas constantes da redação apresentada na Lei do Divórcio foram revogadas ou mereceram nova leitura diante da igualdade constitucional entre o homem e a mulher, e da necessidade de preservação, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores.

E nesse espírito de tutela do bem estar dos filhos é que qualquer decisão quanto à guarda (homologando acordo ou decidindo litígio), pode ser revista a qualquer tempo, diante de novos elementos apresentados pelo interessado.

Com a vigência do novo Código Civil, a culpa pela separação deixava de ser fator determinante à atribuição da guarda (como previa o artigo 10 da lei nº 6.515/77, citado anteriormente), pois o seu artigo 1.584 estabelecia que, decretada a separação judicial ou divórcio sem que houvesse entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela seria atribuída a quem revelasse melhores condições de exercê-la. Assim, a mulher perdia, em relação ao homem, a preferência que tinha, até então, no tocante à guarda dos filhos.

Na separação consensual, tanto as relações entre os cônjuges como aquelas que se estabelecem entre estes e os filhos se disciplinam pelo avençado no acordo. A lei determinava que fosse observado aquilo que fora acordado entre os cônjuges acerca da guarda e do sustento dos filhos, estendendo a aplicação da regra ao divórcio direto consensual, conforme o que estabelecia o artigo 1.583 do Código Civil de 2.002: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Todavia, compete ao juiz recusar a homologação do acordo se verificar que este não preserva suficientemente os interesses dos filhos menores (artigo 1.574, parágrafo único): “O Juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”. Ou ainda, sobrevindo circunstâncias que aconselhem solução diversa daquela acordada, pode o juiz alterar o regime de guarda, deferi-la ao outro genitor ou a terceiro. Assim, mesmo que haja o ajuste entre os pais, este não prevalecerá contra o interesse do menor.

Na separação judicial e no divórcio litigioso, estabelecia a Lei nº 6.515/77, artigo 10, que o juiz deveria conferir a guarda dos filhos menores ao cônjuge inocente, pois uma das conseqüências da derrota, na contenda de separação litigiosa, era a privação de guarda dos filhos para o cônjuge culpado. A hipótese de ambos os cônjuges serem culpados foi solucionada pela Lei nº 4.121/62, mantida pela lei do divórcio, que ordenava que os filhos

ficassem em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que dessa solução adviria prejuízo de ordem moral para as crianças.

A grande proteção à criança e ao adolescente, trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em razão do princípio do melhor interesse dos filhos menores, garantiu a eles, dentre outros, o direito à convivência familiar. Com argumentos fundamentados nessa proteção, no princípio da igualdade entre os genitores no exercício do poder familiar e na evolução natural dos valores sociais, os tribunais passaram a decidir a questão da guarda enfocando, exclusivamente, a ótica do bem-estar dos filhos, independentemente das causas do rompimento do casamento.

Finalmente, a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2.008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, referindo-se explicitamente à guarda compartilhada, tema do presente trabalho, ao afirmar que ela poderá ser requerida, por consenso entre os pais, bem como decretada pelo Juiz, em atenção às necessidades específicas do filho.

Agora erigida em lei, a guarda compartilhada traz a proposta de um maior entendimento entre os pais através do diálogo, permitindo a eles que assim permaneça agindo ao dividir as responsabilidades nas decisões acerca da vida dos filhos em comum.

Não há que se duvidar, portanto, que o intuito maior da lei que é privilegiar o melhor interesse da criança.

2.2 Definição de guarda

No direito brasileiro, a guarda de filhos menores advém de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas: em decorrência da separação ou do divórcio dos pais e da que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora o presente estudo se atenha à guarda oriunda da primeira hipótese, cabe ressaltar, que ambas aproveitam o mesmo conceito.

Assim sendo, é imperioso destacar o artigo 33 da Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe ao guardião a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional, conferindo-lhe também o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Para José Antônio de Paula Santos Neto: “Embora endereçado basicamente ao caso de família

substituta, seu teor não é incompatível com o que ocorre quando a guarda é exercida pelos próprios pais”¹⁵.

Definindo o instituto, o autor supracitado diz que a “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”¹⁶. E continua, dizendo: “Guarda é posse, enquanto que o direito de companhia, embora sempre exercido pelo guardião, pode (e normalmente deverá) sê-lo também pelo genitor não guardião”¹⁷.

Para o autor argentino José Ignacio Cafferata, o exercício do direito de guarda está diretamente ligado à convivência permanente entre pais e filhos, pois só assim os pais conseguiriam cumprir com o dever de educar os filhos:

Para que los padres puedan cumplir con la obligación de educar a los hijos, es preciso que tengan la posibilidad de mantener un contacto inmediato y permanente con ellos. De allí que la ley establece que los hijos menores de edad están bajo *la autoridad y poder de sus padres*, para lo cual, en principio, ambos deben convivir em el mismo hogar Esa posibilidad es la que se conoce como el ‘derecho de guarda’¹⁸.

Em consonância com esse entendimento, na qual associa a guarda à presença física e direta de genitores e filhos, está Guilherme Gonçalves Strenger aduzindo que “a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar”¹⁹.

Nesse sentido, a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger seu comportamento. Na guarda está o dever de vigilância e cuidado que diretamente na formação da personalidade do menor.

Waldyr Grisard Filho conceitua a guarda como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no artigo 384, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas, elencadas no artigo 384²⁰, do CC”²¹.

A guarda se materializa na convivência efetiva e duradoura dos pais com os filhos no mesmo lar, onde aqueles têm a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional

¹⁵ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 144.

¹⁶ **Ibid.** p. 139.

¹⁷ Cf. nota 16.

¹⁸ CAFFERATA, José Ignacio. **La guarda de menores**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978. p. 27.

¹⁹ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 21.

²⁰ O citado artigo 384 do Código Civil de 1.916 corresponde ao art. 1.634 do Código Civil de 2.002.

²¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 50.

a estes. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação à pessoa dos filhos²².

A guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar. O poder familiar gera um complexo de direitos, deveres e atribuições quanto à pessoa e aos bens do filho menor, que devem ser exercidos em proveito deste último, sendo a guarda um de seus elementos²³.

O Código Civil de 2002 não deu enfoque às duas vertentes do poder familiar de forma conjunta. Com relação à pessoa do menor, o que efetivamente interessa no presente trabalho, a matéria foi tratada no artigo 1.634. A idéia central é a de educar, dirigir, ter o menor sob sua guarda, assistindo-o, sendo essa a amplitude do poder familiar em relação à criança.

O poder familiar sobre a pessoa do filho abrange, em princípio, a guarda, conforme se afere do artigo 1.634, II, do Código Civil. A guarda é o poder de fato, imediato sobre a criança, é a disciplina, a disponibilidade imediata sobre o menor. A guarda está contida no poder familiar.

Contudo, há ocasiões em que a guarda se afasta do poder familiar, como ocorre na hipótese de rompimento da convivência conjugal, onde os filhos normalmente ficam sob a guarda de um só dos cônjuges. A guarda, juridicamente determinada a um só dos pais (guarda única), coloca o genitor-guardião à frente do outro na obrigação de desempenhar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar.

No entanto, cumpre observar que, atribuída a guarda a um só dos genitores, não perde o outro a titularidade do poder familiar. Ambos os pais continuarão a ser titulares do poder familiar, mas haverá um desdobramento do exercício. Assegurado ao genitor não-guardião os direitos de visitar os filhos e de tê-los em sua companhia, afora o de fiscalizar a atividade do genitor guardião, como estabelece o artigo 1.589 do Código Civil: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Devido ao enfoque dado no presente estudo, é imprescindível, nesse ponto, salientar a distinção que a doutrina faz entre a guarda jurídica da guarda física. A primeira refere-se às relações de caráter pessoal decorrentes do poder familiar, como o sustento, educação, respeito e honra, e pode ser exercida à distância pelo genitor não guardião. Já a segunda, também

²² GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 131.

²³ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003. p. 249.

chamada de guarda material, caracteriza-se pela idéia de posse, custódia, e realiza-se pela proximidade diária.

Sendo assim, o guardião que obtiver a guarda material exercerá o pátrio poder em toda a sua extensão²⁴. Nesse caso, o guardião tem a imediatidade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho.

2.3 Modalidades de guarda

De acordo com a sua origem, temos a chamada guarda originária, que resulta quando, com o *animus* de constituir família, os genitores mantêm-se juntos no mesmo lar, dividindo a guarda dos filhos de forma igualitária e exercendo plenamente todos os poderes inerentes do poder familiar. A origem deste tipo de guarda não é legal nem judicial, mas sim natural, sendo que o ordenamento positivo apenas regula seu correto exercício²⁵.

Nos casos de menor abandonado ou em situação de perigo em que o Estado intervém, outorgando a guarda a quem não detém o poder familiar, a guarda será desmembrada. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial²⁶.

Pode-se distinguir também a guarda originária da derivada, onde a primeira corresponde aos pais, tal como explicitado acima, ligada ao poder familiar. Já guarda derivada

²⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 78.

²⁵ **Ibid.** p. 74.

²⁶ Cf. nota 25.

é a decorrente da lei, conforme artigos 1.729²⁷, 1.731²⁸ e 1.732²⁹ do Código Civil de 2.002, e corresponde a quem exerça a tutela do menor.

Diante dos processos de separação e de divórcio, surge, ainda, a chamada guarda provisória onde o magistrado antes de aferir o mérito da demanda determina a guarda para um dos cônjuges ou parceiros. A guarda provisória não pode ser considerada um modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea em que o menor está, uma vez que quando a ação for julgada no seu mérito, ocorrerá a guarda definitiva, que por sua vez também não é um modelo de guarda.

Em que pese o valor da palavra, não se pode olvidar que a guarda nunca é definitiva, pois seu regime seguirá a evolução das circunstâncias que envolvem a vida dos personagens. Afirma-se, então, que a cláusula *rebus sic stantibus* subordinará a coisa julgada nas questões relativas à guarda, isto é, a sentença será imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma.

Com a cisão da família, ocorre o surgimento da guarda judicial, em que a guarda definitiva será deferida conforme a regra que melhor interessa para o menor.

Antes da aprovação da lei sobre Guarda compartilhada, predominava no Brasil a guarda única (exclusiva) de um só dos progenitores, o qual detém a guarda física e jurídica do filho.

Cabe ressaltar que, além desta guarda exclusiva, também chamada de “tradicional”, existem ainda a guarda alternada ou partilhada, guarda dividida, aninhamento ou nidacão e a guarda compartilhada³⁰.

Além de não estar prevista em nosso ordenamento jurídico, guarda alternada ou partilhada não é bem vista pelos doutrinadores nem adotada pelos nossos tribunais, uma vez que se opõe ao princípio de continuidade necessário para o bem-estar físico e mental da

²⁷ Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

²⁸ Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I- aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II- aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

²⁹ Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I- na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II- quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III- quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

³⁰ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 56.

criança. Através desta guarda, os genitores ficarão por período de tempo pré-estabelecido, geralmente de forma equânime e exclusiva, com a criança ou adolescente, exercendo a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder familiar. Jorge Augusto Pais de Amaral assim a define:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis se invertem³¹.

A guarda dividida consiste em ter o menor um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda. Waldir Grisard Filho, crítico e opositor desta modalidade, assim a descreve:

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas. São os próprios pais, hoje, que contestam esse modelo e procuram novos meios de garantir uma participação maior e mais comprometida na vida de seus filhos depois de finda a sociedade conjugal³².

Na nidação ou aninhamento são os pais que, em períodos alternados de tempo, se revezam, mudando-se para a casa onde vive o menor. Devido aos altos custos que geram essa modalidade de guarda é rara e desconhecida da nossa prática forense.

O último modelo de guarda citado acima é a guarda compartilhada, modelo este que será objeto de estudo do próximo capítulo. Entretanto, de forma sucinta, pode-se afirmar que a guarda compartilhada almeja que os filhos de pais que não coabitam possam ser assistidos por ambos os genitores. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e, normalmente, têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.

³¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997. p. 168.

³² GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 112.

2.4 Critérios de determinação da guarda

Na constância do casamento, ou em outra forma de família, o exercício da guarda, como já foi dito anteriormente, será comum. Com a ruptura, no entanto, bipartem-se as funções parentais e surgem as questões atinentes à guarda dos filhos.

A primeira opção e a menos danosa para a menor é quando os cônjuges optam por uma decisão consensual, decidindo por meio de um acordo acerca da guarda dos filhos conforme previsão do inciso I do artigo 1.584 do Código Civil de 2.002³³.

A segunda e a mais prejudicial para o menor é quando os genitores não entram num acordo e é necessária a intervenção do Estado-Juiz para decidir e julgar qual a melhor forma de guarda a ser adotada.

Referindo-se especificamente à guarda unilateral, o artigo 1.583 com a nova redação dada pela Lei nº 11.698/08, estabelece, em seu 2º parágrafo, que ela será atribuída ao genitor que revelar melhores condições para exercê-la.

Tal dispositivo não poderá ser aplicado priorizando a capacidade econômica dos genitores haja vista o perigo de se beneficiar o pai ou a mãe que possua melhor condição financeira, em detrimento do outro.

Destarte, os requisitos para a atribuição da guarda unilateral, segundo os incisos I, II e III, deverão ser: a relação de afeto entre as crianças, o genitor e seu grupo familiar, as aptidões do genitor para o resguardo da saúde, segurança e educação dos filhos.

É mister que se mencione que as expressões “em atenção às necessidades específicas do filho” e “em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe” que estão contidas no inciso II do artigo 1.584 do Código Civil, também alterado pela referida lei, trazem em seu bojo semântico a idéia de fatores a serem avaliados pelo magistrado quando da decretação da guarda.

Outro ponto importante a se destacar é que o 5º parágrafo do artigo 1.584 manteve o que havia sido disposto anteriormente à nova lei pelo parágrafo único desse artigo no caso em que o Juiz verifique que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe e sim

³³ Com redação nova dada pela Lei nº 11.698/08.

sob a guarda de terceira pessoa. Para ter a guarda de menores, esta última deverá possuir compatibilidade com a natureza da medida, levando-se também em conta o grau de parentesco, relação de afinidade e afetividade.

A autora Ana Maria Milano Silva afirma que:

Deste modo, uma vez escolhido este modelo de guarda pelos pais, deverá haver sua aceitação pelo juiz da causa. Até porque a destruição do casal conjugal não deve provocar o desaparecimento do casal parental. Além disso, o risco de desacordo ou conflito entre os ex-cônjuges existe igualmente na guarda única, não podendo ser erigido como impedimento à fixação da guarda compartilhada. Não se pode olvidar também que a sentença que estabelece a guarda está sempre sujeita à revisão, se as respectivas regras deixarem de preservar os interesses do menor³⁴.

Contudo, na determinação da guarda unilateral ou compartilhada, sendo ela consensual ou não, o magistrado deverá observar certos critérios para a sua concessão, tais como: a idade, o vínculo com os irmãos caso existam, a opinião do menor, o comportamento dos pais, o interesse do menor e outros que sejam pertinentes no caso concreto.

A idade tem relevância na medida em que já está confirmado psicologicamente que a criança em tenra idade, ou seja, idade que varia do nascimento até aproximadamente 24 meses, tem maior vínculo e necessita mais da figura materna³⁵. Todavia, a guarda ficar com a genitora não implica o afastamento do pai, sendo essencial que desde cedo ele tenha o máximo de contato com seu filho.

Outro aspecto a ser observado é a existência de irmãos, pois não é aconselhável separá-los. Esta divisão dos filhos entre os pais enfraqueceria a solidariedade e cumplicidade entre eles e causaria um abismo maior na família.

Adverte-se, entretanto, que a análise dos critérios para determinação da guarda só poderá ser precisa e eficaz no caso concreto, onde o juiz poderá observar as necessidades e peculiaridades de cada família. O critério anterior, por exemplo, perderia razão se houvesse grande diferença de idade entre os irmãos. Desta forma, assevera Waldyr Grisard Filho:

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já quebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família. Perde razão esse critério, quando há grande

³⁴ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 45.

³⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 67.

diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades. Quando for impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se um amplo e geral regime de visitas³⁶.

Quanto à opinião do menor, a legislação civil pátria se omitiu e deixou dúvidas. Porém, tais dúvidas já não mais existem nos tribunais, uma vez que já se tornou freqüente o magistrado ouvir a manifestação do menor, evitando assim que ocorram sentenças que fujam da realidade.

Eduardo de Oliveira Leite se manifesta favoravelmente à oitiva do menor: “Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento (maturidade) da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem”³⁷.

Yussef Said Cahali também exalta a importância de atender a vontade manifestada pelo menor e cita acórdão do STF, em que foi relator o Min. Marco Aurélio:

À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, à criança e ao adolescente, 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, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - art. 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, ao fim e, por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez que inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. Concede-se a ordem para emprestar à manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, “possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamarem (2ª Turma, 30.06.1992, maioria, *JSTF* 176/341 e *RTJ* 144/23)³⁸.

Não pode ser dispensada também pelo magistrado a pesquisa sobre o comportamento dos pais. Devem ser levadas em consideração tanto as condições morais, ou seja, ambiente

³⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 69.

³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 207.

³⁸ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. rev. e aum.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 928.

familiar e social, idoneidade, retidão de caráter, como as condições materiais: profissão, renda mensal, habitação, etc. Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho salientou:

A conduta de um dos genitores contrária à ordem e à moral familiar tem suma importância na determinação da guarda de filhos menores. Quando se revelam ao juiz, no caso concreto, condutas reprováveis, imorais ou ilícitas dos pais, devem ser limitadas ao máximo as relações parentais, em nome, justamente do *favor filii*, pois estes são indivíduos ainda em formação. Tratando-se de guarda de filho menor, deve atender-se ao interesse da criança e às condições e comportamento dos pretendentes à guarda³⁹.

Há que se destacar, também, que a residência é essencial para a estabilidade da criança, servindo-lhe como um ponto de referência⁴⁰.

Assim esclarece Eduardo de Oliveira Leite:

Quanto ao local da residência, se na casa paterna ou materna, tudo dependerá da situação fática vivenciada pelo casal. Poderá ser a casa materna (se a mãe apresenta melhores condições de acompanhamento da criança) ou poderá ser a casa paterna (se o pai reúne melhores condições para o desenvolvimento da criança) e poderá mesmo ser a casa de um terceiro (avós, por exemplo) se nenhum dos pais reúne aquelas condições⁴¹.

Ressalta-se a importância da determinação da residência não só para o menor como também para os seus genitores, como assevera o autor supracitado:

A determinação da residência é igualmente essencial para que os ex-cônjuges definam o contexto no qual eles passam a exercer suas responsabilidades, entre si e os filhos, e entre si e os terceiros submetidos a esta condição para beneficiar as presunções legais daí decorrentes⁴².

É de bom alvitre mencionar que os períodos de deslocamento não poderão interromper a situação escolar das crianças. Assim sendo, é aconselhável que ambos os genitores residam perto da escola que os filhos frequentam ou que ambos disponham de meios para levá-los e trazê-los.

³⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 72.

⁴⁰ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit., p. 106.

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 270.

⁴² **Ibid.** p. 271.

Outro ponto a ser analisado é a disponibilidade de tempo dos pais para com os filhos, pois leva-se em conta o fato de ser nociva aos filhos a hipótese de que um dos genitores tenha que se ausentar por longos períodos, a trabalho ou por outra razão, deixando as crianças sob os cuidados de terceiros que não os familiares mais chegados⁴³.

Por último, mas principalmente, cita-se o critério para o deferimento da guarda que se sobrepõe sobre qualquer outro: o interesse do menor. O direito positivo firmou este princípio na Lei do Divórcio e o consagrou no Código Civil de 2002, art. 1.586, facultando ao juiz dispor sobre a guarda da maneira mais conveniente: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Entretanto, a noção do que venha a ser o princípio é complexa e imprecisa já que a busca pelo melhor interesse do menor deverá ser feita no caso concreto e não em conceitos ou definições. Entretanto, é interessante transcrever as observações de Eduardo de Oliveira Leite sobre o assunto:

É o juiz, a quem compete examinar cada situação de fato, que determina, a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos, qual é o ‘interesse’ daquele menor, naquela dada situação fática.

De qualquer maneira, a jurisprudência e a repetição de certos acórdãos permitem precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social constituem pontos de referência do ‘interesse’ do menor. Outros juízes levam em consideração a pessoa da criança, como a idade (as crianças de tenra idade são quase sempre deixadas com a mãe), o sexo (as filhas são confiadas à mãe, enquanto os filhos permanecem com o pai), a irmandade (procurando-se, sempre que possível, não separar irmãos), o apego ou a indiferença que a criança manifesta em relação a um de seus pais, ou a estabilidade da criança.

[...] Da mesma forma, as condições que cercam a pessoa dos pais também podem ser levadas em consideração: condições materiais [atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares] ou condições morais [vínculo de afetividade existente entre o pai e o filho, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidados e investimento paterno etc.] são alguns dos elementos que podem servir de caminho ao juiz que lhe permitem descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o ‘interesse do menor’.

A investigação, portanto, é essencialmente subjetiva, dependendo sempre dos elementos que dispõe o juiz e da argumentação dos pais⁴⁴.

⁴³ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit., p. 162.

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 199.

Assim, conclui-se que não há fórmulas sobre o melhor interesse da criança. É certo, porém que este deve ser o foco do juiz ao determinar a guarda utilizando-se de todos os outros critérios ao seu alcance para garantir o bem-estar social, emocional, psíquico e material da criança.

3 GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Guarda compartilhada no direito comparado

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, onde as decisões dos tribunais ingleses privilegiaram o interesse maior da criança e a igualdade parental. Tais precedentes repercutiram na França e no Canadá, estendendo-se pela Europa⁴⁵. No direito americano, essa nova tendência também se desenvolveu em larga escala⁴⁶.

No direito inglês predominava o princípio de que o pai era proprietário de seus filhos, cabendo-lhe, necessariamente, a atribuição da guarda em caso de conflito⁴⁷.

Com a Revolução Industrial, que levou à migração dos homens do campo para as fábricas e a conseqüente mudança havida no âmbito familiar, as mulheres ficaram encarregadas da criação e educação dos filhos; passando-se a atribuir a guarda à mãe⁴⁸.

Essa preferência legal permaneceu até a década de 60, época em que os homens voltam a assumir mais responsabilidades no âmbito familiar e querem participar mais ativamente na vida dos filhos, e as mulheres reingressam no mercado de trabalho⁴⁹.

Assim, para amenizar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os tribunais ingleses, baseados no interesse do menor e na igualdade dos gêneros, começaram a expedir uma ordem de fracionamento *split order* do exercício desse direito entre ambos os genitores. Então, o pai recuperou o poder de dirigir a vida do menor (*custody*), e a mãe encarregou-se dos cuidados diários dos filhos (*care and control*)⁵⁰.

Mas, conforme salienta Eduardo de Oliveira Leite, só em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra repudiou, duramente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só dos genitores:

[...] a manifestação inequívoca desta possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no Caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão Jussa x Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada, na história jurídica inglesa⁵¹.

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 265 *et seq.*

⁴⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 126.

⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 265.

⁴⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 114.

⁴⁹ **Ibid.** p. 115.

⁵⁰ Cf. nota 45.

⁵¹ **Ibid.** p. 265.

Essas decisões quebraram a tradição de deferimento de guarda única na Inglaterra, exaltaram a aplicação do melhor interesse da criança e resguardaram, efetivamente, a igualdade entre homens e mulheres no exercício da autoridade parental.

Desta forma, o autor supra mencionado afirma que: “A partir da década de 70, data da sua aprovação pela *Court d’Appel* inglesa, a noção de guarda compartilhada ganha a jurisprudência das províncias canadenses da *common law*, dali se espalhando por toda a América do Norte”⁵².

A regra do direito canadense, porém, ainda é a atribuição da guarda exclusiva a um dos pais (*sole custody*), concedendo-se ao outro o direito de visita. A guarda compartilhada só é aplicada quando os pais manifestam opção por ela⁵³.

Na França, a guarda compartilhada começa a ser aplicada a partir de 1976, com o intuito de minorar as conseqüências injustas provocadas pela guarda exclusiva⁵⁴.

A jurisprudência francesa adotou a nova modalidade de guarda, o que culminou na Lei 87.570, de 22 de julho de 1987, denominada Lei Malhuret, que modificou o Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental⁵⁵.

Então, o art. 373-2 do Código Civil francês passou a ter a seguinte redação: “Se o pai e mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, que por aquele dentre a quem o tribunal confiou a criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro [...]”⁵⁶.

A Lei Malhuret, retratando o que já vinha sendo aplicado na jurisprudência, permitiu aos genitores organizarem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio. Assim, a guarda compartilhada atribui aos dois cônjuges a guarda jurídica.

O direito norte-americano aderiu à guarda compartilhada e a desenvolveu largamente. E isto se confirma, na medida em que, a legislação de cerca de 45 Estados federados autorizam a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outros 12 é presumida e em outros 8 a presunção se dá por acordo de ambos os pais⁵⁷.

⁵² **Ibid.** p. 266.

⁵³ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 128.

⁵⁴ **Ibid.** p. 124.

⁵⁵ Cf. nota 52.

⁵⁶ Art. 373-2. Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l’autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d’entre eux à qui le tribunal l’a confiée, sauf, dans ce dernier cas, le droit de visite et de surveillance de l’autre [...].

⁵⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 127.

Nos Estados Unidos, a guarda compartilhada é conhecida como *joint custody* e subdivide-se em *joint legal custody* (guarda compartilhada jurídica) e em *joint physical custody* (guarda compartilhada física)⁵⁸.

A princípio, os tribunais norte-americanos somente adotaram a *joint legal custody*. Contudo, aos poucos se percebeu que esse sistema não satisfazia totalmente os genitores que não detinham a guarda material, já que eles não participavam da rotina diária de seus filhos. Então, passou-se a adotar também, ainda que timidamente, a *joint physical custody*⁵⁹.

Mas o sucesso da guarda compartilhada nos EUA pode ser atribuído aos órgãos mediadores que atuam junto às famílias. Nesse país, cada família é submetida a um estudo, no qual atuam profissionais especializados com o intuito de buscar o melhor para criança. Os mediadores, entretanto, já partem de uma presunção: o genitor que incentiva a convivência do filho com o outro genitor está de acordo com o melhor interesse do menor; da mesma forma que, aquele que não incentiva essa convivência não é apto para exercer a guarda⁶⁰.

Atenta-se, porém, que nos Estados Unidos, cada Estado dita sua própria lei civil, motivo pelo qual criou-se a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, buscando uniformizar a legislação sobre a guarda dos menores. Com isso, procura-se evitar os conflitos de competência entre os Estados e promover a cooperação entre os respectivos tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a questão da guarda, tomando em primeiro lugar o interesse da criança⁶¹.

No direito português, a Lei n° 84/95, que alterou o Código Civil de Portugal, estabeleceu que os pais pudessem acordar sobre o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoravam para tal efeito na constância do matrimônio⁶².

Em 30 de junho de 1999, a Lei n° 59/99 continuou admitindo o exercício conjunto, submetido, porém, a acordo dos pais. A nova lei portuguesa aboliu o princípio do exercício unilateral, prevendo que o juiz deve tentar obter o acordo dos pais para o exercício conjunto do poder paternal. E, somente se não for possível o exercício da autoridade parental por ambos os pais, deve o juiz decretar a guarda única⁶³.

⁵⁸ Loc. cit.

⁵⁹ Loc. cit.

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ **Ibid.** p. 124.

⁶² **Ibid.** p. 119.

⁶³ Loc. cit.

Assim, feitas estas breves pontuações sobre alguns direitos alienígenas, constata-se que as alterações sociais e familiares ocorridas nos últimos anos provocaram mudanças significantes, se não em todas, na maioria das legislações. O que levou Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni a afirmarem que no direito comparado prevalece o sistema de exercício conjunto, como princípio geral, tanto em países da Europa, inclusive nos socialistas, como na maioria dos países latino-americanos⁶⁴.

3.2 Conceito de guarda compartilhada

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de reequilibrar os papéis parentais, garantir a igualdade entre homens e mulheres na relação familiar e atingir o melhor interesse do menor, uma vez que não se têm mais dúvidas de que a criança precisa da mesma maneira da figura materna e da paterna.

Desse modo, pode-se dizer, num enfoque restrito, que a guarda compartilhada ou conjunta, como preferem alguns doutrinadores, seria o exercício em comum, pelos pais, da autoridade parental.

Esse modelo de guarda pode ser jurídico ou material. Na guarda jurídica compartilhada, ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores. E a guarda material ou física compartilhada é a divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais⁶⁵.

Nesse aspecto, a psicóloga Maria Antonieta Pisano Motta diz que:

Na guarda compartilhada o genitor que não tem a guarda física não se limitará a supervisionar a educação dos filhos, mas ambos os pais participarão efetivamente dela como detentores de poder e autoridade iguais para tomar decisões diretamente concernentes aos filhos, seja quanto à sua educação, religião, cuidados com a saúde, formas de lazer, estudos etc⁶⁶.

⁶⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 122.

⁶⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 79.

⁶⁶ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Op. cit. p. 85.

A referida psicóloga aduz, ainda, que:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guarda seus filhos (1996, apud GRISARD FILHO, 2002, p. 116)⁶⁷.

Para o psicanalista e autor ilustre Sérgio Eduardo Nick, na guarda compartilhada: “os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única”⁶⁸.

O desembargador Sérgio Gischkow Pereira explica que a guarda compartilhada é:

situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados. O caso mais comum será o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos filhos, ao contrário do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico⁶⁹.

Insta frisar que a guarda compartilhada difere da guarda alternada porque nesta o genitor que estiver com a guarda física exercerá exclusivamente a guarda jurídica. Ou seja, a guarda alternada nada mais é do que a guarda única que se alterna entre os pais.

Isto posto, vale ressaltar que na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham equitativamente sua guarda jurídica. Assim, o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decide ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho.

Desse modo, muito bem concluiu Grisard Filho:

⁶⁷ Loc. cit.

⁶⁸ NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. In: BARRETO, Vicente(Coord.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 135.

⁶⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. Porto Alegre: Ajuris, 1986. v. 36, p. 53.

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guarda seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita)⁷⁰.

3.3 Conseqüências da guarda compartilhada

A guarda compartilhada propicia a continuidade da convivência de ambos os genitores com seus filhos, preservando as relações de afeto existentes anteriormente. Ela atenua o impacto negativo que as desuniões entre os pais causam no menor⁷¹.

Para operacionalizar esse modelo alguns aspectos devem ser observados. O primeiro deles é sobre a residência do menor, que para a maioria dos doutrinadores deve ser fixa, única e não alternada (essa modalidade aumenta os sentimentos de insegurança e instabilidade do menor)⁷².

No momento de separação de seus pais, a criança necessita de continuidade espacial, afetiva e social. Especialistas em saúde mental alertam que os pais devem tentar manter estável o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura⁷³.

Nesse sentido afirma Eduardo de Oliveira Leite: “a determinação da residência é igualmente essencial para que os ex-cônjuges definam o contexto no qual eles passam a exercer suas responsabilidades, entre si e os filhos, e entre si e os terceiros submetidos a esta condição para beneficiar as presunções legais daí decorrentes”⁷⁴.

Ressalta-se que o intuito da guarda compartilhada é estreitar as relações paterno-filiais, desse modo, os filhos podem e devem passar um período com o genitor que não detém a guarda física maior do que o normalmente concedido em esquemas de guarda única (visitas quinzenais).

⁷⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 155.

⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 270.

⁷² **Ibid.** p. 270-271.

⁷³ Cf. nota 69.

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 271.

O que se quer afirmar é a criança deve ter uma residência única, pois ela será o ponto de referência, um centro de apoio de onde irradiam todos seus contatos com o mundo exterior. Será, também, na residência do genitor que detém a guarda física que a criança se encontrará juridicamente domiciliada⁷⁵.

Um segundo aspecto a considerar é sobre a educação dos filhos, aqui não só entendida no seu sentido mais restrito, que engloba a escola, a educação religiosa, artística ou esportiva, e o lazer em geral, mas também a aprendizagem cotidiana, doméstica, da vida⁷⁶.

Como salienta Waldyr Grisard Filho: “No dever de educação compreende-se o de assistência, tanto em seu aspecto moral, dada a generalidade daquele, como em seu aspecto material, traduzido na obrigação alimentar, que tem como fonte a relação de parentesco, e no dever de sustento”⁷⁷.

No exercício conjunto, os pais devem em comum acordo estabelecer um programa de educação dos filhos e assegurar a execução no dia a dia. Os esquemas de visita usualmente adotados permitem ao genitor não-guardião exercer a fiscalização sobre a educação dos filhos, pois, na guarda compartilhada ambos os genitores participam diária e ativamente na educação da criança⁷⁸.

Em nível prático, Eduardo de Oliveira Leite coloca que para saber quais os atos que devem ter decisão conjunta e os atos que podem ser tomados pelo genitor com quem a criança habita, deve-se tomar como parâmetro a família unida. Assim, um genitor pode praticar isoladamente um ato quando agia dessa maneira na constância do casamento, como por exemplo, para efetuar inscrições, comprar roupas, comprar materiais. Mas, dependem da manifestação comum às decisões de orientação, seqüência ou supressão dos estudos, organização de férias, escolha de estabelecimento escolar, etc.⁷⁹.

Outro aspecto a ser examinado diz respeito aos alimentos, que se origina tanto da lei civil como do texto constitucional. E novamente é o modelo de vida em comum que deve ser seguido. O autor acima referido também se manifesta nesse sentido: “Assim como pai e a mãe, quando viviam com o filho, lhe garantiam, espontaneamente, sua manutenção, ocorrida a

⁷⁵ Loc. cit. .

⁷⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 272.

⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 151.

⁷⁸ **Ibid.** p. 152.

⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 273.

ruptura permanecem lhe garantindo, com a mesma intensidade e proporção, os alimentos cotidianos”⁸⁰.

Quanto aos esquemas de visitas, a guarda compartilhada permite os mais variados arranjos, todos com o fim de garantir a continuidade do relacionamento entre genitores e filho. A visita e a estadia (na casa do genitor que não possuiu a guarda física) são essenciais porque atuam como recurso equilibrador de um contato mais próximo entre este e seu filho e mantêm, ainda que decomposta, a família biparental⁸¹.

Outra das questões que pode ser suscitada se refere à responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. Em regra, os pais são solidariamente responsáveis por seus filhos menores que com eles convivam, conforme artigo 932, inciso I do CC⁸².

Com o deferimento da guarda única, cessa a solidariedade da responsabilidade civil dos pais, passando o encargo apenas para o genitor que fica com a guarda do menor, partindo-se da presunção que este guardião é o responsável pelo erro na educação da criança ou pela falha na fiscalização de sua pessoa⁸³.

Entretanto, relativamente à guarda compartilhada, a presunção é de que as decisões referentes à educação são tomadas em comum e que ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Portanto, pai e mãe serão solidariamente responsáveis por algum evento danoso do filho⁸⁴.

3.4 Vantagens e desvantagens do modelo

A guarda compartilhada privilegia a continuidade do exercício comum da autoridade parental, conservando, dessa forma, a continuidade das relações entre pais e filhos e assegurando a não-exposição do menor aos conflitos parentais⁸⁵.

⁸⁰ **Ibid.** p. 274.

⁸¹ Cf. nota 77.

⁸² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

[...].

⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 275.

⁸⁴ Loc. cit.

⁸⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 171.

Não resta dúvida que uma maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por conseqüência o benefício dos filhos. E a guarda compartilhada propicia essa cooperação e entendimento entre os genitores, que são estimulados a decidir juntos, questões atinentes aos filhos⁸⁶.

Waldyr Grisard Filho ressalta que a “guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles”⁸⁷.

Pode-se afirmar que sem participar das decisões importantes da vida dos filhos, os pais que não convivem com os filhos deles se afastam. “Este afastamento foi sentido pelos filhos como rejeição e sobre eles teve um impacto prejudicial”⁸⁸.

O contrário ocorre com as crianças que desfrutam da guarda compartilhada que, segundo Dontigny: “manifestam a mais elevada taxa de satisfação”⁸⁹.

A guarda compartilhada diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com freqüência na guarda exclusiva. Ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição causados nos filhos e proporciona-lhes a convivência com os papéis paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação⁹⁰.

Sérgio Eduardo Nick reforça as vantagens da guarda compartilhada ao reunir em seu trabalho monográfico resultados de vinte e seis pesquisas realizadas nos Estados Unidos:

1) Autoestima - cinco estudos analisaram esta medida e foram unânimes em constatar que as crianças em guarda conjunta têm melhor autoestima se comparadas com aquelas com guarda única.

2)Atividade - um estudo avaliou este parâmetro e achou que as crianças com guarda compartilhada eram mais ativas que as que viviam com apenas um dos pais ou aquelas de famílias intactas, tendo menor tendência ao retraimento em situações de crise do que estas.

3) Adaptação - incluí aqui vários parâmetros indicativos de boa adaptação e o resultado foi que sete estudos que pesquisaram esta medida referem que os melhores escores vão para as crianças de guarda compartilhada.

4) Relação com os pais - quatro estudos encontraram que a relação com ambos os pais é melhor quando há a guarda conjunta do que com a única; enquanto

⁸⁶ Loc. cit.

⁸⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 172.

⁸⁸ WALLERSTEIN, J.S. e KELLY, J.B. **Surviving the breakup. How children and parents cope with divorce**. New York:Basics Books, 1980, p. 311 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 280.

⁸⁹ DONTIGNY, D. **Parents pour la vie**. Paris: Contact, 1988 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 281.

⁹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 176.

que outro estudo, investigando a relação com o pai com quem a criança não mora, também a avaliou melhor na guarda compartilhada do que na única.

5) Visitação - dois estudos compararam a visitação na guarda compartilhada (filhos morando com um dos pais) e na única, encontrando escores melhores para o primeiro grupo. Outros dois estudos avaliaram o tempo despendido com os pais, encontrando também vantagem para o grupo guarda compartilhada. Além disso, um deles inclusive conclui que quanto maior o tempo (crianças com guarda materna) passado com o pai, maior será a aceitação de ambos os pais e mais bem ajustada será a criança. Outra conclusão foi que as crianças de guarda única diziam ver seus pais menos freqüentemente após novo casamento da mãe, o que não aconteceu no outro grupo ('joint custody'). Em outra tese, o autor encontrou que a relação com o genitor que não detinha a guarda era descrita como sendo parecida com uma relação com um tio ou uma tia; o que indica um decréscimo de convivência e intimidade que idealmente se espera que a criança tenha com seu genitor.

6) Desenvolvimento Psicoemocional - dois estudos que se centraram nesses parâmetros também consideraram a guarda compartilhada mais promotora de desenvolvimento do que a única. Outra pesquisa concluiu que as crianças de guarda conjunta relatam mais experiências positivas que aquelas de guarda única.

7) Excitabilidade e Paciência - um estudo concluiu que as crianças do grupo guarda compartilhada é menos excitável e mais paciente do que o outro grupo ('sole custody').

8) Pensão Alimentícia e Satisfação Materna - dois estudos encontraram que as mães que compartilhavam a guarda com seus ex-maridos estavam mais satisfeitas com a pensão recebida do que aquelas que detinham a guarda só para si. Outro estudo avaliou a satisfação da mãe de um modo geral e novamente houveram (sic) escores melhores para a guarda conjunta⁹¹.

Em relação aos pais a guarda compartilhada também traz inúmeras vantagens. Grisard Filho menciona que essa modalidade de guarda “minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole”⁹².

A guarda compartilhada, além de garantir a igualdade entre os pais, estimula-os a tomarem decisões conjuntas, fazendo com que dividam inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Ao longo do tempo, essa cooperação entre eles tende a amenizar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura⁹³.

Percebe-se, também, através de dados estatísticos, que esse modelo de guarda permite aos pais uma melhor possibilidade de contato social e, portanto, de retomada emotiva e psicológica. Nesse particular, destaca-se a conclusão de Dontigny:

o modo de guarda parece também influenciar a possibilidade para os genitores de constituir novas uniões. As mães que detêm a guarda exclusiva de seus filhos são, neste sentido, desfavorecidas; aproximadamente 25% (vinte e cinco por

⁹¹ NICK, Sérgio Eduardo. Op. cit. p. 127 *et seq.*

⁹² GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 175.

⁹³ **Ibid.** p. 176.

cento) dentre elas constituem um novo lar comparativamente e 59% dos ex-maridos. Em compensação, 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres e 43,6% dos pais do grupo 'guarda conjunta' formam novas uniões⁹⁴.

Ocorre que mesmo trazendo vantagens que culminam a garantir o interesse do menor, a guarda compartilhada é alvo de muitas críticas, originárias de uma ausência de equilíbrio que a novidade ainda não permitiu alcançar⁹⁵.

Alguns doutrinadores argumentam que esta modalidade de guarda viola o interesse do menor, na medida em que não garante a estabilidade e a segurança necessária ao seu equilíbrio psicológico⁹⁶. Aduzem que os arranjos de tempo igual oferecem desvantagens ante o maior número de mudanças e menos uniformidade de vida cotidiana dos filhos. Nesse sentido Segismundo Gontijo expõe que:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, [...] em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iôs-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc⁹⁷.

Convém ratificar, entretanto, que uma das conseqüências da guarda compartilhada é a fixação de uma residência para o menor, onde este terá seu centro de apoio. A mudança regular de residência, com todos os efeitos que daí decorrem, inexistente na guarda compartilhada.

O que ocorre é que a criança pode passar um período com a mãe e, igualmente, com o pai, sem que, portanto, se estabeleça rigidamente períodos alternados com um ou outro genitor. A residência continua sendo única, o que não impede os deslocamentos da criança⁹⁸.

Outra crítica levantada é sobre o risco de desacordo ou do conflito dos ex-cônjuges, como elemento comprometedor desta proposta. Certo é, todavia, que o risco existe da mesma forma em qualquer modalidade de guarda⁹⁹.

⁹⁴ DONTIGNY, D. **Parents pour la vie**. Paris: Contact, 1988 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 282.

⁹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 282.

⁹⁶ **Ibid.** p. 283.

⁹⁷ GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho**. COAD-ADV – informativo Semanal, Rio de Janeiro, n° 44, p. 563-564, 1997.

⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 283.

⁹⁹ Loc. cit.

Alega-se, ainda, que a guarda compartilhada é prejudicial, pois fomenta uma expectativa de reconciliação que não existe. Mais uma vez a crítica não merece prosperar: primeiro porque o intuito é manter os laços paterno-filiais e materno-filiais; e segundo porque a existência ou não dessa expectativa não depende da modalidade de guarda atribuída, mas sim do diálogo que os pais estabeleçam com seus filhos¹⁰⁰.

Arditti assinala que as desvantagens:

[...] se centram na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais; na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar menores valores de pensão alimentícia; e na viabilidade da guarda conjunta para famílias de classe socioeconômica mais baixa.¹⁰¹

Alguns especialistas em saúde mental apontam para o risco da fluidez ambiental inerente à guarda conjunta provocar confusão na mente das crianças que experimentam esse modelo, fato considerado por outros “como uma experiência enriquecedora para elas, porque as expõe à diversidade - o que as prepararia melhor para lidar com a vida no futuro”¹⁰².

A partir desta breve análise das vantagens e desvantagens do modelo compartilhado chega-se, entretanto, a um consenso: a guarda compartilhada é a solução ideal quando os pais estão em harmonia e agindo de acordo com o melhor interesse da criança.

3.5 A mediação familiar como instrumento de viabilização da guarda compartilhada

3.5.1 Conceito e aplicação da mediação familiar

¹⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 285.

¹⁰¹ ARDITTI, J.A. **Differences between fathers with joint custody and noncustodial fathers** apud NICK, Sérgio Eduardo. Op. cit. p. 137.

¹⁰² NICK, Sérgio Eduardo. Op. cit. p. 137.

A mediação surgiu nos EUA na década de 1970, e teve como objetivo de ajudar os ex-cônjuges a chegarem num acordo, prevenindo, assim, os danos produzidos pelo divórcio e as suas conseqüências negativas no desenvolvimento dos filhos¹⁰³. Posteriormente, esse método de resolução de conflitos expandiu-se para o Canadá, atingiu a Europa e passou a ocupar um espaço considerável na França e outros países, onde a prática é absolutamente rotineira¹⁰⁴. Chega ao Brasil depois de visitar parceiros continentais como a Argentina que possui legislação específica e está mais avançada nos estudos sobre o tema¹⁰⁵.

Nos Estados Unidos da América, a contribuição da mediação foi de extrema importância para a crescente implementação da guarda compartilhada¹⁰⁶. Tal método por viabilizar uma maior comunicação entre os genitores e o encontro de soluções mais exequíveis, garantiu a observância do melhor interesse do menor e o sucesso daquele modelo de guarda.

A mediação familiar é o meio pelo qual um profissional qualificado ou uma equipe multiprofissional¹⁰⁷ imparcial e sem poder decisório assiste o casal em conflito, com o objetivo de auxiliá-lo a administrar a divergência e a dotar uma solução voluntária, aceitável e duradoura¹⁰⁸.

Denise Damo Comel explica que o mediador é neutro e apenas facilita a identificação do problema e das emoções em jogo no conflito, promove o diálogo entre o casal, analisa as possibilidades de solução e suas conseqüências, dando suporte para que os próprios envolvidos possam escolher aquela opção que melhor corresponder aos interesses comuns e, certamente, aos interesses do filho¹⁰⁹.

Os problemas gerados pelas questões psicológicas decorrentes de uma separação ou do divórcio acabam por dificultar que o Judiciário decida satisfatoriamente aos interesses e aos anseios do menor, pois, segundo argumenta Maria Helena Diniz: “o ideal seria respeitar o direito da co-parentalidade, o exercício da autoridade conjunta, em que cada um dos pais reconheça o lugar do outro”¹¹⁰.

¹⁰³ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação em família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 23.

¹⁰⁴ CASABONA, Marcial Barreto. Mediação- uma visão geral in **Nova realidade da direito de família**. Rio de Janeiro: SC/COAD Editora Jurídica, p. 104.

¹⁰⁵ Loc. cit.

¹⁰⁶ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 84.

¹⁰⁷ Essas equipes normalmente são compostas por advogados, assistentes sociais e psicólogos especializados.

¹⁰⁸ COMEL, Denise Damo. Op. cit. p. 222.

¹⁰⁹ **Ibid.** p. 223.

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5 v. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 298.

O mediador, então, na visão da jurista, seria aquele profissional capaz de firmar acordos que possam atender às necessidades de todos os membros da família e que conduzam à co-responsabilidade parental, propiciando um igual relacionamento do menor com ambos os genitores¹¹¹.

A mediação possibilita, inclusive, a adoção do modelo compartilhado em casos onde os genitores, a princípio, litigavam sem nenhuma expectativa de acordo. Refutando, dessa maneira, a teoria que defende a guarda compartilhada somente quando os genitores estão em consenso¹¹².

Apesar de o juiz ter uma função social, já está provado que casais em litígio não conseguem resolver suas desavenças em uma ou duas audiências, como ocorrem numa dissolução conjugal, existindo no final do processo sempre um vencedor e um perdedor, continuando assim a existir o rancor entre o casal e acarretando grande prejuízo para seus filhos¹¹³.

Portanto, quando ocorrer uma lide, o mais sensato, e o que ocorre em outros países, é que seja exposto para as partes o que significa e o que possibilita a mediação familiar, facultando as partes aceitarem ou não, uma vez que é muito difícil, em uma ou duas audiências, decidir com precisão quem é melhor para ficar com a guarda do filho¹¹⁴.

Vale ressaltar que a mediação familiar não é um substituto à via judicial, mas uma via alternativa e complementar desta, embora possa ser utilizada na solução de conflitos familiares que não tenham que ser necessariamente submetidos ao Judiciário. Nas hipóteses dos conflitos em que obrigatoriamente deverá haver a intervenção judicial, a mediação pode ocorrer antes do ingresso em juízo, que é sem dúvida a opção mais favorável, ou no curso do processo, por recomendação do juiz ou iniciativa das partes, ou mesmo do representante do Ministério Público¹¹⁵.

A mediação ajuda aos envolvidos a extrair das adversidades vividas o próprio caminho da reorganização pessoal, tendo como resultado mediato a solução dos conflitos jurídico-familiares, evitando a morosidade dos litígios, reduzindo os custos do processo, tanto para o Estado quanto para as partes, e auxiliando os membros da família a enfrentarem de uma forma mais digna e menos dramática os impasses e os inevitáveis sofrimentos pessoais decorrentes

¹¹¹ Loc. cit.

¹¹² NICK, Sérgio Eduardo. Op. cit. p. 40.

¹¹³ KRÜGER, Liara Lopes. Mediação familiar: articulando diferenças, construindo alternativas in **Nova realidade da direito de família**. Rio de Janeiro: SC/COAD Editora Jurídica, p. 98.

¹¹⁴ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 168.

¹¹⁵ COMEL, Denise Damo. Op. cit. p. 226.

desses conflitos. Enfim, são tantas as vantagens do instituto que a autora Denise Damo Comel as enumerou:

a) possibilidade de análise objetiva e, portanto, mais realista do conflito parental, com uma ponderação mais equilibrada e justa da situação; b) multidivisão do problema, uma vez que será analisado por pessoas de diversas áreas de conhecimento; c) imparcialidade dos mediadores; d) rapidez no procedimento, quando comparada com o procedimento judicial; e) garantia de aplicação do princípio da igualdade conjugal; f) possibilidade não só de resolução de determinado conflito entre os pais, como também de um fortalecimento do vínculo entre os dois, vivam ou não juntos, pela análise e compreensão do relacionamento familiar em si, o que teria, também, um caráter preventivo e profilático nas relações familiares; g) alternativa para subtrair o conflito familiar do inevitável procedimento judicial, que muitas vezes não tem condições de buscar um ajustamento ao contexto concreto dos litigantes, tomando decisão que acaba fomentando ainda mais a litigiosidade entre o casal de pais do que favorecendo a harmonia e a compreensão no relacionamento entre eles; h) maior índice de cumprimento¹¹⁶.

Desse modo, não resta dúvidas que a mediação familiar nas varas de família se apresenta como uma interessante alternativa na ampliação da consciência das partes envolvidas em ações judiciais. E, sobretudo, como instrumento ideal para viabilização da guarda compartilhada, já que fomenta a cooperação familiar e ajuda o entendimento, pelos pais, de que a participação de ambos na vida dos filhos é imprescindível para o desenvolvimento saudável destes.

Este método é capaz de pacificar, até mesmo, as discussões acerca da guarda compartilhada no que tange a fixação ou não de residência, determinação das decisões que serão tomadas em conjunto e esquemas de acesso (visitação), pois, segundo Sérgio Eduardo Nick: “O foco da mediação é a busca de se resolver aonde a criança vai residir (e dentro de qual esquema), e como os pais vão partilhar tanto as decisões do dia a dia quanto as mais abrangentes decisões sobre as crianças (escolha de escola, religião, etc.)”¹¹⁷.

Recentemente foi criada no Estado de Alagoas, mais precisamente, no Município de Maceió, uma parceria entre o Tribunal de Justiça de Alagoas com a Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas (CAMEAL), para implantação da mediação familiar¹¹⁸.

¹¹⁶ COMEL, Denise Damo. Op. cit. p. 225.

¹¹⁷ NICK, Sérgio Eduardo. Op. cit. p. 40 *et seq.*

¹¹⁸ DANTAS, Ana Florinda. **A mediação familiar e sua aplicação nas varas de família**. Alagoas, 07 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/40102-amediacao.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

A juíza de direito da 1ª Vara de Família de Maceió, Ana Florinda Dantas, afirma que a receptividade foi altamente positiva por parte dos interessados e dos advogados, assim como da representante do Ministério Público junto à vara¹¹⁹.

Entretanto, cumpre registrar que caso o Tribunal não possua esse órgão auxiliar poderá o magistrado usar do artigo 151 do ECA¹²⁰, para que obtenha o mesmo resultado. O referido artigo estabelece a competência da equipe interprofissional na tarefa de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. Além disso, o artigo 129, inciso IV do ECA¹²¹, estabelece dentre as medidas pertinentes aos pais ou responsável, o encaminhamento a cursos ou programas de orientação.

O segundo dispositivo mencionado evidencia claramente a intenção do legislador em submeter o casal de pais a procedimentos outros que não o recurso judiciário, com vistas a solucionar eventuais conflitos que venham a prejudicar os filhos, o que, como visto, pode ser feito através da mediação¹²².

Apesar de esse instituto possuir todas as vantagens aqui elencadas, ele ainda carece de uma lei que o fundamente.

3.5.2 Propostas de legalização da mediação no Brasil

Ana Florinda Dantas assevera que:

Introduzida como prática no Brasil em 1996, juntamente com a arbitragem, a mediação entre nós ainda não foi regulada através de legislação, mas nos sistemas legais no qual a mediação familiar foi implementada através de legislação específica, o reconhecimento da autonomia da vontade dos interessados e da sua capacidade de resolução das questões familiares encontram afirmação no sistema jurídico, através do papel subsidiário e supletivo reservado ao Estado neste campo,

¹¹⁹ Loc. cit.

¹²⁰ Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

¹²¹ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: [...]

IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; [...].

¹²² COMEL, Denise Damo. Op. cit. p. 226.

num franco processo de desjudiciarização, de um modo ainda não presente no ordenamento brasileiro, ainda excessivamente interventivo¹²³.

Todavia, dois projetos de lei já tramitaram no Congresso Nacional para regulamentar a mediação. O primeiro deles foi o Projeto de Lei nº. 4.827/98 (ANEXO B) de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, que foi criado visando institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução de conflitos. Com apenas sete artigos, de forma clara e concisa, contempla os princípios fundamentais do processo de mediação, entendendo que o acordo dela advindo produz os efeitos jurídicos próprios de sua matéria e pode ser reduzido a termo e homologado por sentença caso as partes assim o desejem. Admite como mediador qualquer pessoa capaz — escolhida ou aceita pelas partes — que tenha formação técnica ou experiência adequada à natureza do conflito e que proceda, no exercício da função, com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo. Reconhece a prática judicial e extrajudicial e a ocorrência prévia ou concomitante ao processo judicial em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Assinala que o processo de mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele e que sua instalação não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Proposto em 2001, o outro projeto foi de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual (ANEXO C) presidido pelos juristas Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover. Tal projeto fora aclamado pela Ordem de Advogados do Brasil com adequado e visava instituir e disciplinar a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no processo civil¹²⁴. Dentre as adequações pode-se citar: a restrição do espectro de atuação da Lei, que passa a dedicar-se exclusivamente à mediação vinculada ao processo civil – mediação paraprocessual; a admissão da prática da co-mediação por profissional de outras áreas; o curso de capacitação para mediadores como exigência universal; e a sua obrigatoriedade para as matérias do Direito de Família.

Tramita no Congresso Nacional, um projeto substitutivo que é resultado da fusão das propostas dos dois projetos supra mencionados. O substitutivo PLC 94/02 (ANEXO D) de autoria do senador Pedro Simon (PMDB-RS) reúne a proposta do projeto da deputada Zulaiê Cobra, que procura oficializar e instituir a Mediação no Brasil de forma genérica, com o que

¹²³ DANTAS, Ana Florinda. Loc. cit.

¹²⁴ MEURER, Zuleica Maria. **Mediação: uma proposta de solução de conflitos a ser implantada no Brasil.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 54, 30/06/2008. Disponível em: <http://www.ambito_leituraetartigo_id=2987>. Acesso em: 08/11/2008.

foi proposto pelo projeto do IBDP, cuja meta era instituir e disponibilizar a Mediação nos tribunais, prévia ou incidentalmente.

Trata-se de uma inovação em nossa legislação, uma vez que é a primeira vez em que se coloca a possibilidade de implementação do diálogo dentro do processo judicial, ou seja, a mediação passa a ser um ato processual, mesmo antes de chegar ao juiz da questão. Segundo Zuleica Maria Meurer:

Em termos de legislação, realmente é uma inovação, para quem ainda não tem essa cultura, ainda, conseqüentemente, vem facilitar o acesso do cidadão brasileiro à justiça. A partir, de uma análise do texto do Projeto de Lei, se pode aludir algumas críticas. No que tange, ao escopo do projeto em questão, nota-se que este tem por fim, o desafogamento do Poder Judiciário, desvirtuando a sua verdadeira finalidade que é a pacificação social, através do diálogo, da cooperação, o acordo se torna resultado natural¹²⁵.

No entanto, percorridos mais de dez anos, por interesse de diversas instituições, inúmeras modificações foram feitas no projeto original proposto pela deputada Zulaiê Cobra, fazendo com que o mesmo ainda não esteja aprovado.

A autora Zuleica Maria Meurer também afirma:

O anteprojeto é significativo para o cidadão brasileiro, pelo seu impulso sócio-educacional e pela mudança cultural, no que tange, ao tratamento dos conflitos interpessoais. A sociedade brasileira, historicamente, vê a sentença judicial como única saída na decisão de conflitos. O presente plano tem como objetivo divulgar que existe outra forma mais apropriada de se lidar com conflitos, e que pode ser intentada pelo próprio cidadão.

No texto do Substitutivo, ainda se fala em Mediação prévia e incidental. Vale a pena frisar que a Mediação prévia se dá antes do processo e a incidental, logo após da entrada da petição inicial ao juízo. Neste raciocínio, à luz do projeto de lei, a Mediação incidental ficará da seguinte forma: quando o advogado propuser a ação, peticionando ao juízo, a documentação passa pela distribuição, vai para o juiz e em seguida para o mediador que é incumbido de chamar as partes, de forma obrigatória, fazendo com que este chamamento seja considerado um ato processual, sob pena de revelia¹²⁶.

Outro ponto a ser destacado é a polêmica quanto ao fato de, segundo o artigo 11 do substitutivo PLC 94/02, o cargo de mediador ser apenas destinado a advogados. Contrário a este posição comenta Luiz Antônio Caetano:

¹²⁵ Loc. cit.

¹²⁶ Loc. cit.

Há uma complexidade de ciências que importam ao estudo e prática da Mediação. [...] São necessários conhecimentos de psicologia. O mediador tem de entender e administrar os conflitos subjetivos, as emoções, interesses das partes, etc. Na área de Direito de família, os conhecimentos de psicologia e terapia são de tal ordem que os psicólogos e terapeutas com vivência na área, e os advogados com grande experiência, deveriam ser designados para mediadores nos conflitos familiares. Não se devem olvidar os aspectos da sociologia. O mediador tem por dever conhecer o meio ambiente em que vivem e trabalham seus mediados, isto é, sua realidade socioeconômica para a perfeita compreensão e extensão do conflito. Há que se conhecer a teoria das decisões, fazendo-se uso da equidade, em como ter boas noções ou mesmo formação em Direito, por sua indisponibilidade com os fatos da vida em sociedade. Onde há vida, está o Direito [...]¹²⁷.

Zuleica Maria Meurer também manifesta sua opinião divergente ao conteúdo do referido artigo:

Do ponto de vista geral, a Mediação é uma função interdisciplinar e demanda um conhecimento não apenas jurídico, mas psicológico, sociológico, terapêutico, comunicativo, afetivo e negocial. Não há como ocultar as demais ciências, pois o conflito será um tanto melhor resolvido por mediadores, que tenham vivência, competência e conhecimento acerca da matéria a ser debatida, não importando se é psicólogo, médico ou advogado¹²⁸.

Por último, ressalta-se o “Sistema Multiportas” previsto no artigo 43, parágrafos 3º¹²⁹ e 4º¹³⁰ do substitutivo PLC 94/02, que ocorre com bons resultados nos Estados Unidos, na Argentina e na Europa¹³¹. Segundo Adolfo Braga Neto:

“Quando se der entrada na petição inicial e ela for distribuída para o mediador e não for solucionada a questão, o mediador vai encaminhar ao juiz. Caberá ao juiz, como ainda não está totalmente formatado o processo, indicar mais duas opções: a Arbitragem e a Avaliação Neutra. No caso da Arbitragem, é um terceiro que vai decidir e no caso da Avaliação Neutra, que é um outro método, é uma pessoa, normalmente um especialista na matéria, que faz uma avaliação, um tipo de laudo. Esse laudo fica com o avaliador. Instaura-se o procedimento de Mediação, de comunicação entre as partes. Se chegarem a um acordo, a questão fica

¹²⁷ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 113.

¹²⁸ MEURER, Zuleica Maria. Op. cit.

¹²⁹ Art. 43: [...]

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

¹³⁰ Art. 43: [...]

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

¹³¹ MEURER, Zuleica Maria. Op. cit.

encerrada. Porém, se não chegarem a um acordo, a avaliação torna-se a decisão da questão¹³².

Este sistema consiste na utilização da arbitragem e da avaliação neutra com a finalidade exclusiva de orientação na tentativa de composição amigável do conflito. Tal sistema prevê a integração em um único local, e de vários modos de processamento dos conflitos, tanto judiciais como extrajudiciais. Destarte, o Tribunal Multiportas englobaria vários tipos de procedimento concentrados em um verdadeiro centro de justiça, organizado pelo Estado, no qual as partes podem ser direcionadas à porta adequada para cada litígio¹³³.

Contudo, reafirma-se que o fato de ainda não existir no Brasil uma legislação que venha a regular a aplicação da mediação familiar nos tribunais, nada impede a sua aplicação desde logo, possibilitando uma maior celeridade e eficácia nas decisões judiciais, que consolidarão os resultados obtidos através da homologação dos acordos a que chegarem os interessados, com a intervenção do mediador.

¹³² BRAGA NETO, Adolfo. **Jornal O Integrador**. Jornal Brasileiro de Negociação e Resolução de Conflitos. Disponível em: http://www.imap.pt/UserFiles/Entrevista_Braga_Neto.pdf. Acesso em 10.10.2008.

¹³³ MEURER, Zuleica Maria. Op. cit.

4 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

4.1 Posição do direito brasileiro quanto à guarda compartilhada

4.1.1 A guarda compartilhada fundamentada na Lei nº 11.698/08

Com a vigência da Lei nº. 11.698 de 13 de junho de 2.008, a guarda compartilhada foi disciplinada e instituída no direito positivo brasileiro com a alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2.002.

A nova redação dada ao *caput* do artigo 1.583 ressalta que: “A guarda será unilateral ou compartilhada”, determinando as modalidades de guarda a serem aplicadas.

Em seu 1º parágrafo, encontramos a definição de guarda compartilhada como sendo “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”. Ana Maria Milano Silva diz que: “Definição esta que se coaduna com todas as opiniões de juristas e doutrinadores, não só de vários países do mundo como do Brasil, amplamente destacadas nas obras que tratam do assunto”¹³⁴.

Já o artigo 1.584, em seu inciso I, assegura que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: “requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação

¹³⁴ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 98.

autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar”. No inciso II, encontra-se a possibilidade de a mesma “ser decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe”. Nota-se, no referido dispositivo, a preocupação maior do legislador em proteger o melhor interesse da criança.

Sem precedentes em nossa legislação, o parágrafo 1º desse artigo ressalta que: “Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

De grande relevância, o 2º parágrafo preconiza que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. No entanto, há que se prestar bastante atenção à referida regra, pois, segundo Ana Maria Milano Silva:

A lei não está dispondo que o juiz deverá estabelecer sempre o regime da guarda compartilhada, quando não houver consenso entre as partes quanto à guarda dos filhos. Ao contrário, a ressalva é clara: *sempre que possível*. Pois deverá o juiz ter a cautela de não determiná-la se perceber que as partes ainda estão sob o estigma do litígio. Somente casais que dispõem do diálogo poderão executá-la a contento, vez que seu requisito essencial é decidirem, de comum acordo, sobre todas as questões que envolvem a vida dos filhos. Sem diálogo não há guarda compartilhada!¹³⁵.

O 3º parágrafo salienta que, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, o juiz poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada. Este dispositivo fortalece o que se encontra exposto no artigo 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

¹³⁵ Loc. cit.

Em seu 4º parágrafo, o artigo 1.584 dispõe que: “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.” A autor Ana Maria Milano Silva ressalta que:

O legislador acrescenta uma disposição que antes não havia: acena com a aplicação de sanções no caso de alterações ou descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada. A penalidade prevista é a redução de prerrogativas atribuídas àquele que detém a guarda, com a possibilidade de redução do tempo de convivência com o filho¹³⁶.

Como já foi dito anteriormente, é importante destacar que o 5º parágrafo do artigo 1.584 manteve o que havia sido disposto anteriormente à nova lei pelo parágrafo único desse artigo, ou seja, no caso em que o Juiz verifique que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe e sim sob a guarda de terceira pessoa. Para ter a guarda de menores, esta última deverá possuir compatibilidade com a natureza da medida, levando-se também em conta o grau de parentesco, relação de afinidade e afetividade.

4.1.2 Outros fundamentos jurídicos da guarda compartilhada

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a igualdade entre o homem e a mulher (Artigo 5º, inciso I), bem como estabelece em seu artigo 226, § 5º que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, e baseando-se nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo.

Tais regras constitucionais já traduzem, ainda que implicitamente, o fundamento da guarda compartilhada, qual seja: de que o melhor para a criança é a convivência com ambos os pais, independentemente se estes têm ou não algum relacionamento afetivo. O entendimento é de que a obrigação de educação e cuidado com os filhos é decorrente do vínculo de filiação e não do casamento.

¹³⁶ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 99.

Na mesma linha, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), que o Brasil assinou em 26 de janeiro de 1990, garantiu aos menores a conservação das relações pessoais com ambos os pais. Coloca, inclusive, o Estado como garantidor da manutenção da co-parentalidade, independente da existência ou não do vínculo conjugal, artigo 9º, 3: “Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

Nesse contexto, Silvana Maria Carbonera explica que:

[...] com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembléia das Nações Unidas, em 1989, ingressou no universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral que, junto aos valores inscritos na Constituição Federal de 1988, informaram o conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por conseguinte, toda criança e todo adolescente têm garantidos, além dos direitos fundamentais como pessoa, outros próprios e especiais de pessoa em desenvolvimento, uma proteção especializada, diferencial e integral, tendo no Estatuto um padrão a ser observado, um conjunto de direitos a serem garantidos ininterruptamente. Desta sorte, a decisão acerca do destino da criança, não mais pode ser feita de forma mecânica sob pena de ofensa a sua dignidade, bem como a dos demais sujeitos que fazem parte do mesmo grupo familiar, permitindo que cada um desempenhe seu papel de forma livre, na busca da realização pessoal e da felicidade. Cada situação específica deve vir revestida da promoção do interesse do filho, rompendo-se a barreira que separava filho do menor, tutelado por diploma legal próprio¹³⁷.

Há, ainda, a Lei do Divórcio, que apesar de conter normas que privilegiam a figura materna, trouxe um importante artigo envolvendo o assunto em tela, o artigo 13: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.

Utilizando-se este dispositivo legal, a guarda compartilhada também poderá ser aplicada pelo magistrado, caso o mesmo entenda que é a modalidade que mais favorece aos interesses do menor e se for recomendada por equipe inter-profissional de assessoramento. Tamanha a conveniência dessa norma que ela foi corroborada no Código Civil de 2002, artigo 1.586¹³⁸.

¹³⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 197-198.

¹³⁸ Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069/90, também traz dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada. O primeiro é o art. 4º que estabelece que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O direito do menor de participar da vida familiar e de “ser criado e educado no seio de sua família” também é garantido no art. 16, inciso V, e art. 19, respectivamente.

O art. 22 do mesmo diploma legal orienta que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. E o art. 21 deixa claro que “o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”.

É bem certo que os pais não perdem o pátrio poder com a ruptura conjugal ou a não convivência. Entretanto, a imediatidade de seu exercício fica comprometida. Já se sabe, porém, que outra forma não há de o mesmo ser exercido efetivamente por ambos os pais, senão pelo modelo compartilhado.

Do mesmo modo, merece destaque o artigo 1.632 do Código Civil de 2.002 que estabelece que: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Destaca-se, finalmente, o parágrafo único do artigo 1.690¹³⁹ do mesmo código que dispõe que cabe aos pais decidirem em comum as questões relativas aos filhos e as questões relativas a seus bens, com efeito da conjunção aditiva que une as duas orações. É, pois, dever jurídico dos pais, encargo que a lei lhes atribui, decidirem em comum sobre a vida e o patrimônio de seus filhos, tanto durante como depois da separação.

4.2 Importância da posituação do instituto

¹³⁹ Art. 1.690. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a questão do interesse da criança em conservar relações pessoais com ambos os pais passa a ser reconhecida mundialmente como um direito. Torna-se importante manter a continuidade da função exercida pelos mesmos, garantindo-se o vínculo da criança com as linhagens paterna e materna.

Nesse quadro, os Estados assumem importante papel, devendo assegurar a conservação das relações paterno-filiais e materno-filiais. O vínculo de filiação e o exercício parental não podem depender de critérios de negociação entre os cônjuges, ou ser uma escolha da criança – devem, sim, ser garantidos e efetivamente incentivados pela legislação.

Assim, a partir da década de 1.990, em decorrência da citada Convenção, observa-se uma grande mudança na concepção sobre a guarda: passa-se a compreender que a criança pode e deve conviver com o pai e a mãe, mesmo que estes não formem mais um casal. Conseqüentemente, a legislação de diversos países foi alterada, tornando o exercício unilateral da guarda uma exceção.

Mesmo a legislação pátria afirmando a igualdade de direitos entre os genitores, o modelo de guarda exclusiva, que vinha sendo utilizado como regra, até então, não mantém a co-parentalidade, ao contrário, favorece uma supervalorização do relacionamento da mãe com os filhos, dificultando à mulher aceitar o valor e a contribuição da palavra do pai de seus filhos e fragilizando, conseqüentemente, o exercício da paternidade.

Hoje, já é sabido que inexistente qualquer razão, seja de cunho biológico, seja psicológico, ou mesmo jurídico, que justifique referido privilégio. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, tem igual importância para o saudável desenvolvimento do menor, salvo em algumas situações. Inúmeros são os casos de pais que, angustiados por terem sido afastados da vida dos filhos, clamavam por uma nova abordagem legislativa. Existem inúmeras organizações de pais por todo o mundo que lutam pela igualdade de seus papéis de genitores, após a dissolução do casamento¹⁴⁰. No Brasil, como relata Ana Maria Milano Silva:

¹⁴⁰ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit. p. 147.

[...] a APASE (Associação de Pais e Mães Separados), em Florianópolis/SC, e a Associação Pais Para Sempre Brasil, em Belo Horizonte/MG, sempre mantiveram vigorosa luta para a aprovação de projetos de lei sobre guarda compartilhada, visando a igualdade entre os pais e a proteção dos filhos¹⁴¹.

Com a Lei nº 11.698/08, ficou instituída e disciplinada a guarda compartilhada também em nossa legislação pátria, viabilizando o direito que pais e filhos têm em manterem perenes e contínuas suas relações, à medida que ambos os pais participam de forma mais “igualitária” no processo de sua formação. Desta forma, é possível atingir ao melhor interesse da criança, propiciando um crescimento saudável e alcançando o proposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e atendendo ao ideal constitucional de igualdade.

¹⁴¹ Loc. cit. p. 149.

5 CONCLUSÃO

Analisando-se a evolução do deferimento da guarda no direito brasileiro, diante da ruptura conjugal, desde o início do século passado até os dias atuais, foi mostrado que as diversas modificações ocorridas na sociedade afetaram significativamente a estrutura familiar. Destarte, houve a necessidade de se adequar o direito às novas realidades decorrentes de tais mudanças.

A primeira conclusão que se pode extrair do presente estudo é que o modelo de guarda que, até bem pouco tempo atrás, vinha sendo largamente adotado como regra nos tribunais brasileiros não garantia a continuidade das relações da criança com seus dois genitores quando a família é dissolvida, afastando-se, conseqüentemente, daquilo que se acredita ser o melhor interesse dos menores. A partir daí se iniciou uma discussão incessante na busca de um modelo que propiciasse ao menor um contato perene e constante com ambos os pais, permitindo que estes participassem de forma igualitária na formação dos filhos.

A guarda compartilhada, conforme se demonstrou nesse estudo, possibilita a convivência dos filhos com o pai e a mãe, na medida em que equilibra os papéis parentais e ambos os genitores participam da vida dos filhos em igualdade de direitos e obrigações.

Através das referências feitas, mostrou-se a experiência bem sucedida no direito comparado, haja vista o fato de que nos países estrangeiros da Europa, América do Norte e em alguns países da América do Sul, a tendência atual tem se direcionado na atribuição da guarda compartilhada, quando os juízes se convencem de que há o entendimento entre os

genitores, ainda que tenham sido levantadas algumas objeções, aparentes ou infundadas, no transcorrer do processo.

Conforme deveras exposto, inúmeras são as vantagens da referida modalidade e, pelo contrário, torna-se mais difícil atender aos interesses da criança que não seja desta maneira. Quanto às desvantagens, mostraram-se improcedentes os argumentos levantados, uma vez que as críticas não podem ser direcionadas especificamente ao compartilhamento da guarda e, sim, à postura inadequada dos genitores, quando não estão dispostos a cooperar ou quando os mesmos não assumem um diálogo franco e objetivo com os filhos.

Todavia, pôde-se observar também que a implementação desse modelo só é possível em casais que litigam quando é feito trabalho de conscientização dos genitores sobre as vantagens do exercício conjunto da autoridade parental, com uma equipe multidisciplinar. A esse trabalho a doutrina dá o nome de mediação familiar. A mediação, então, viabiliza uma maior comunicação entre os genitores, possibilitando a realização de acordos que atendam às necessidades de todos os membros da família e que conduzam à co-responsabilidade parental.

A utilização da mediação é fundamental para o sucesso da guarda compartilhada, pois a simples imposição de decisões conjuntas sobre o futuro da prole, em situações limites e de conflito aberto, poderá ser maléfica aos menores, gerando, por conseguinte, maior desgaste e desequilíbrio emocional e psicológico.

Mencionou-se a existência de um projeto de lei, o PLC 94/02, de autoria do senador Pedro Simon (PMDB-RS) que se encontra tramitando no Congresso Nacional e que visa instituir e disciplinar a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil. Porém, apesar de ainda não ter previsão no código civil brasileiro, é possível que seja utilizada a mediação familiar, até porque na maioria dos estados as varas de família já contam com auxílio de psicólogos e assistentes sociais. Ademais, o ECA possuiu artigo que prevê a atuação de equipe interdisciplinar e a aplicação de medida aos pais, encaminhando-os a cursos ou programas de orientação, se for o caso.

Finalmente, demonstrou-se que, com o advento da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2.008, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada no Brasil, espera-se, de uma maneira bem mais otimista que antes, uma maior aplicação da referida modalidade. Tal expectativa merece crédito uma vez que no artigo 1.584 do código civil, com nova redação dada pela lei mencionada, ficou evidente a intenção do legislador em se dar preferência à mesma, prevendo a aplicação da guarda compartilhada mesmo nos casos em que o casal a princípio esteja

litigando; a utilização do trabalho de equipe multidisciplinar como forma de viabilizar o modelo e garantir sua eficácia; e a previsão de uma espécie de “punição”, que na essência tem o fito de estimular os cônjuges a cooperar e incentivar a participação do outro na vida do menor.

Infere-se, portanto, o fato de terem sido alcançados os objetivos propostos no decorrer do trabalho. Quando da ruptura conjugal, a modalidade de guarda que mais propicia o atendimento ao melhor interesse da criança é a guarda compartilhada e, para torná-la viável nos casos em que não haja diálogo entre os ex-cônjuges, é preciso se valer da mediação familiar. Espera-se, no entanto, que esta última tão logo seja também contemplada com a sua positividade, obtendo-se, assim, a possibilidade de se estender a aplicação daquela modalidade a um maior número de casos, criando soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com os princípios, leis e Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia; BRAGA NETO, Adolfo. **Uma lei de mediação para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81010-plausibilidade.htm>>. Acesso em: 24 out. 2008.

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Novo código civil confrontado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2003.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira de. **A Guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81002-aguardacompartilhada.htm>>. Acesso em: 24 out. 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. **Jornal O Integrador**. Jornal Brasileiro de Negociação e Resolução de Conflitos. Disponível em: http://www.imap.pt/UserFiles/Entrevista_Braga_Neto.pdf. Acesso em 10.10.2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Código Civil e Constituição Federal**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1990.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Parecer sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada I**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91005- parecerleila.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

CAFFERATA, José Ignacio. **La guarda de menores**. Buenos Aires: Astrea, 1978.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. Mediação- uma visão geral in **Nova realidade da direito de família**. Rio de Janeiro: SC/COAD Editora Jurídica, 1998.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

DANTAS, Ana Florinda. **A mediação familiar e sua aplicação nas varas de família**. Alagoas, 07 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/40102-amediacao.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5 v. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREDERICO, Alencar. **Notas ao projeto de lei que institui a mediação paraprocessual na esfera civil**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 189. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1447>> Acesso em: 10 nov. 2008.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**. COAD-ADV – Informativo Semanal, Rio de Janeiro, n. 44, 1997.

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

ISTO É. São Paulo: Editora 3, n. 1688, 06 fev. 2002.

KRÜGER, Liara Lopes. Mediação familiar: articulando diferenças, construindo alternativas in **Nova realidade da direito de família**. Rio de Janeiro: SC/COAD Editora Jurídica, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Cynara. O lugar do pai. **Carta Capital**, São Paulo, nº 503, p. 10-15, 09 jul.2008.

MEURER, Zuleica Maria. **Mediação: uma proposta de solução de conflitos a ser implantada no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 54, 30/06/2008. Disponível em:<http://www.ambito_leituraetartigo_id=2987>. Acesso em: 08/11/2008.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos. In: **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de estudos n. 3. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

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

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro.** Ajuris, Porto Alegre, v. 36, mar. 1986.

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

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada.** 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Mizuno, 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXO A: LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

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

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

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

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

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

(NR)

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

ANEXO B: PROJETO DE LEI Nº 4.827 de 1998 (DRA. SRA. ZULAIÊ COBRA)

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§ 2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Zulaiê Cobra Ribeiro

Deputada Federal PSDB/SP

ANEXO C: PROJETO DE LEI N° ..., DE 2.001

Institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no processo civil.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

MODALIDADES DE MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL

Art. 1º. A mediação paraprocessual é um mecanismo complementar e consensual de solução de controvérsias, que tem como objetivo pacificar conflitos e buscar o acordo, por meio da atuação do mediador.

§ 1º. A mediação poderá ser prévia ou incidental.

§ 2º. A transação, subscrita pelo mediador, pelos transatores e advogados, constitui título executivo extrajudicial.

§ 3º. A pedido dos litigantes, a transação poderá ser homologada pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II

SEÇÃO I

DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 2º. A mediação prévia é sempre facultativa.

Art. 3º. O litigante poderá optar pela mediação prévia, devendo o requerimento ser instrumentalizado por meio de formulário padronizado, que será subscrito por ele e seu advogado.

§ 1º. A procuração instruirá o requerimento, facultada a exibição de provas pré-constituídas no curso do procedimento da mediação.

§ 2º. O requerimento de mediação prévia será distribuído ao mediador e a ele imediatamente encaminhado.

§ 3º. Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, providenciando a comunicação pessoal, facultada a utilização de todos os meios eficazes de cientificação.

§ 4º. A comunicação ao requerido conterà, ainda, a advertência de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado. Não tendo o requerido advogado constituído, o mediador solicitará à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de dativo.

Art. 4º. Levada a efeito a mediação, o mediador tomará por termo a transação, se obtida, ou consignará sua impossibilidade.

Parágrafo único. Obtida ou frustrada a transação, o mediador devolverá ao distribuidor o requerimento, acompanhado do termo, para as devidas anotações.

SEÇÃO II

DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 5º. A tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I - nas ações de estado;

II - na ação de interdição;

III - quando for autor ou réu pessoa incapaz;

IV - quando for autora ou ré pessoa de direito público;

V - na falência, na concordata e na insolvência civil;

VI - no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes;

VII - nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel;

VIII - na ação de retificação de registro público;

IX - quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

X - na ação cautelar;

XI - nas demais ações em que haja deferimento de liminar; e

XII - quando a mediação prévia, realizada na forma da Seção anterior, tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Art. 6º. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo e ao mediador interromperá a prescrição, induzirá litispendência e produzirá os efeitos previstos no artigo 593 de Código de Processo Civil.

§ 1º. Na hipótese de pedido de liminar, o processo será distribuído ao juiz para decisão, retomando o procedimento de mediação seu curso caso a medida seja indeferida.

§ 2º. A interposição de agravo contra o indeferimento da liminar não prejudica o procedimento de mediação.

Art. 7º. A petição inicial será imediatamente remetida pelo distribuidor ao mediador sorteado, necessariamente advogado.

Art. 8º. Cabe ao mediador intimar os litigantes, por qualquer meio eficaz de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento, acompanhados dos respectivos advogados.

§ 1º. A intimação constituirá o litigante em mora, tornando a coisa litigiosa.

§ 2º. Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

§ 3º. Comparecendo o requerido sem advogado, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do parágrafo 4º do artigo 3º.

Art. 9º. Levada a efeito a mediação, o mediador procederá nos termos do artigo 4º, caput.

§ 1º. Obtida a transação, o mediador devolverá ao distribuidor a petição inicial, acompanhada do termo, para as devidas anotações.

§ 2º. Frustrada a transação, o mediador remeterá a petição inicial ao juiz, acompanhada do termo, para a retomada do processo judicial.

§ 3º. Decorridos 60 (sessenta) dias da data do início da mediação sem que tenha sido encerrado o respectivo procedimento, com a obtenção ou não da transação, poderá o interessado solicitar a retomada do processo judicial.

CAPÍTULO III

DOS MEDIADORES

Art. 10. Os mediadores são auxiliares da Justiça, selecionados entre advogados, com pelo menos 2 (dois) anos de experiência.

§ 1º. Caberá à Ordem dos Advogados do Brasil a formação e seleção de mediadores, para o que será implantado curso apropriado, fixando a Ordem dos Advogados do Brasil os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

§ 2º. Ficam dispensados do curso de capacitação os conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e os conciliadores judiciais a que se refere o art. 277, § 1º, do Código de Processo Civil, desde que comprovado o efetivo exercício da função por no mínimo 2 (dois) anos.

Art. 11. A pedido de qualquer dos litigantes, ou a critério do mediador, este trabalhará em regime de co-mediação, com profissional de outra área, devidamente habilitado, nos termos do § 2º deste artigo.

§ 1º. A co-mediação será obrigatória nas controvérsias que versem sobre Direito de Família, devendo dela sempre participar o mediador advogado.

§ 2º. A Ordem dos Advogados do Brasil selecionará, como co-mediadores, profissionais indicados por organismos institucionais de mediação, devidamente credenciados, ou por órgãos profissionais oficiais.

§ 3º. Quando no exercício de suas funções, e em razão delas, ficam os mediadores equiparados aos funcionários públicos para efeito da legislação penal.

Art. 12. O Tribunal de Justiça de cada Estado manterá um Registro de Mediadores, contendo o cadastro atualizado de todos os mediadores habilitados a atuar no âmbito do Estado, por área profissional.

§ 1º. Aprovado no curso de formação e seleção, ou dele dispensado (Art. 10, § 2º), o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no Registro de Mediadores no Tribunal de

Justiça local, podendo atuar nos limites da comarca onde mantenha escritório ou, na falta deste, nos limites da comarca onde resida.

§ 2º. Efetivado o registro, caberá ao Tribunal de Justiça remeter ao Diretor do Forum da comarca onde atuará o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da Comarca, para efeito de distribuição (Art. 3º, § 2º, e art. 7º).

§ 3º. Do Registro de Mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, tais como o número de causas em que atuou, o sucesso ou insucesso de sua intervenção, a matéria sobre a qual versava a controvérsia, bem assim quaisquer outros dados que o Tribunal de Justiça local julgar relevantes.

§ 4º. Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça que os publicará, pelo menos anualmente, para conhecimento da população e efeitos estatísticos, bem assim para o fim de avaliação da mediação e dos mediadores.

Art. 13. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento dos litigantes de modo condigno.

§ 1º. A Ordem dos Advogados do Brasil fixará, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a promulgação desta Lei, as condições mínimas a que se refere este artigo.

§ 2º. A mediação será realizada em local que preencha as condições fixadas pela Ordem dos Advogados do Brasil nos termos do parágrafo anterior, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Art. 14. A fiscalização das atividades dos mediadores competirá à Ordem dos Advogados do Brasil, através de suas seções e subseções, e ao juiz.

§ 1º. Verificando o órgão fiscalizador irregularidade na prestação dos serviços pelo mediador, suspenderá imediatamente a autorização concedida, até apuração dos fatos, informando o Tribunal de Justiça acerca da providência para anotação no Registro de Mediadores.

§ 2º. O magistrado, verificando atuação inadequada do mediador, poderá afastá-lo de suas atividades no processo, informando a Ordem dos Advogados do Brasil ou, em se tratando de profissional de outra área, o órgão competente, para instauração do respectivo processo administrativo.

§ 3º. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador advogado, instaurado de ofício ou mediante representação, seguirá o procedimento previsto no Título III da Lei 8.906/94, podendo a Ordem dos Advogados do Brasil aplicar desde a pena de advertência até

a de exclusão do Registro de Mediadores, tudo sem prejuízo de, verificada também infração ética, promover a entidade de classe as medidas de que trata a referida Lei.

Art. 15. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

- I - assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;
- II - agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III - violar os princípios de confidencialidade e neutralidade;
- IV - funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido;
- V - violar o disposto no art. 17.

§ 1º. Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo, nos termos do art. 14 desta Lei.

§ 2º. Nos casos dos incisos II a V o mediador excluído não será reinscrito no Registro de Mediadores, sendo a proibição extensiva a todo o território nacional.

Art. 16. Não será admitida a atuação do mediador nos termos do artigo 134 do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que sorteará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando ata com o relatório do ocorrido e solicitará sorteio de novo mediador.

Art. 17. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 18. O mediador advogado fica impedido, pelo prazo de 1 (um) ano, contado a partir do término da mediação, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

Art. 19. O mediador fará jus, pelos serviços prestados, a honorários, fixados segundo o valor atribuído à causa, na forma seguinte:

- I - causas de valor até 40 salários mínimos, meio salário mínimo;
- II - causas acima de 40 até 100 salários mínimos, 1 salário mínimo;
- III - causas acima de 100 até 200 salários mínimos, 2 salários mínimos;
- IV - causas acima de 200 até 500 salários mínimos, 4 salários mínimos;

V - causas cima de 500 até 1.500 salários mínimos, 6 salários mínimos;

VI - causas de valor superior a 1.500 salários mínimos, 6 salários mínimos, acrescidos de 1 a cada 100 salários mínimos, até o valor máximo de 20 salários mínimos.

§ 1º. O litigante, ao requerer a mediação (Art. 3º) ou ao distribuir a petição inicial (Art. 6º), deverá efetuar por guia própria o depósito do valor dos honorários do mediador, cujo levantamento será efetuado na forma estabelecida pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. O mediador somente fará jus aos honorários no caso de ser obtida a transação.

§ 3º. Em caso de co-mediação, cada um dos mediadores fará jus a 50% (cincoenta por cento) da remuneração fixada neste artigo.

Art. 20. Nas hipóteses em que for concedido o benefício de gratuidade (Lei 1.060/50) estará o litigante dispensado do recolhimento dos honorários do mediador.

§ 1º. Havendo pedido de concessão do benefício de gratuidade, o distribuidor remeterá os autos ao juiz competente para decisão.

§ 2º. Enquanto não for promulgada lei local sobre a matéria, atuarão como mediadores os defensores públicos ou quem exerça suas atribuições, devidamente capacitados nos termos do art. 10, § 1º, sem prejuízo de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 21. As disposições desta Lei não excluem outras formas de mediação extrajudicial vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas através de mediadores independentes.

Art. 22. Esta Lei entrará em vigor no prazo de cento e oitenta dias da data de sua publicação, exceto o § 1º do art. 10, que entrará em vigor no prazo de sessenta dias após a data da publicação da Lei.

ANEXO D: PROJETO DE LEI Nº 94/2002 (SENADO FEDERAL)

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

A criação.

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

Conceito.

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

Modalidades.

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

Relação das matérias.

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

Limites.

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

Regra geral – sigilo.

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

Observação:

CPC, art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único - O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Denominação do acordo – termo de mediação.

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

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

Validade como título executivo judicial.

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

CAPÍTULO II

DOS MEDIADORES

Quem pode ser mediador.

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

Os mediadores poderão ser judiciais ou extrajudiciais.

Art. 10. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Os judiciais.

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

Os extrajudiciais.

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

Os mediadores são auxiliares da justiça.

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

Os mediadores deverão proceder.

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

Quem cuidará da formação de mediadores.

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

A co-mediação.

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

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

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

CAPÍTULO III

DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO

E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Registro dos mediadores.

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

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

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

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

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

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

Mediação extrajudicial.

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

Mediação judicial.

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

A fiscalização caberá também ao Juiz da causa.

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

Os impedimentos.

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

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de

mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

nomes e dados pessoais das partes envolvidas;

indicação da causa de impedimento ou suspeição;

razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Observação.

CPC, art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único - No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

CPC, art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único - Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Impossibilidade temporária do mediador.

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

Impossibilidade absoluta.

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

Conduta inadequada.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Exclusão do registro de mediadores.

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

I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;

III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

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

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

Processo administrativo para conduta inadequada.

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

A OAB conduzirá o processo administrativo.

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

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

O co-mediador.

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

CAPÍTULO IV

DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Subdivisão da mediação prévia – pode ser judicial ou extrajudicial.

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

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

Opção pela mediação prévia judicial.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu defensor público ou advogado, sendo, no último caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

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

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

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

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

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

Resultado da mediação.

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

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

A mediação prévia extrajudicial.

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

A necessidade do co-mediador.

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

CAPÍTULO V

DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

A obrigatoriedade da mediação incidental no processo de conhecimento.

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

I – na ação de interdição;

II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;

IV – no inventário e no arrolamento;

V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;

VI – na ação de retificação de registro público;

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

VIII – na ação cautelar;

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

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

Observações na mediação incidental.

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

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

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

Observação.

CPC, art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Procedimento da mediação incidental.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Observação.

CPC, art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º - O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º - Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Obtido ou não acordo.

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

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

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

Ocorrendo o acordo será homologado por sentença.

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

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

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

O local da mediação.

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

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

Remuneração dos serviços do mediador.

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

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

Observação. Notamos aqui um erro, não há no projeto que consultamos, parágrafo segundo, tão logo, seria parágrafo único.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei n. 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Nova redação do artigo 331 do CPC.

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

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

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

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

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

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

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

Observação. Atual redação do CPC.

CPC, art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º - Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º - Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º - Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

Art. 44. Fica acrescentado à Lei n. 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

Acréscimo à redação do CPC.

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

Prazo para o Tribunal de Justiça.

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

Observações em relação aos honorários do mediador.

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

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

Vigência.

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

Observação. A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes.

Nosso cordial Vale.