

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

Carolina Lago Dall’Agnol

**A EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DECORRENTES DA
GUARDA COMPARTILHADA**

Curitiba

2016

Carolina Lago Dall´Agnol

A EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DECORRENTES DA
GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Marcos Alves da Silva

Curitiba
2016

SUMÁRIO

1 Introdução.....	5
2 Concepções a respeito da guarda de filhos.....	7
2.1 A guarda no Código Civil de 1916.....	7
2.2 A guarda na Constituição Federal de 1988.....	9
3.3 A proteção da criança e do adolescente sobre a ótica da legislação brasileira	14
3. O Instituto da Guarda Compartilhada.....	18
3.1 Guarda Compartilhada na família contemporânea.....	18
3.2 Modificações advindas da lei 13.058/2014.....	23
4 Mediação Familiar.....	32
4.1 Breve conceito histórico e procedimento.....	32
4.2 A mediação no novo CPC.....	38
4.3 A efetividade da mediação como resolução de conflitos decorrentes da guarda compartilhada.....	41
5 Conclusão.....	47
Referências.....	49

RESUMO

A presente monografia trata da efetividade da mediação nos conflitos decorrentes da guarda compartilhada através de sua nova lei regulamentadora. Atualmente, a família, como instituição, sofreu diversas modificações de modo que os laços biológicos foram suprimidos pelos laços afetivos, sendo estes a ligação principal entre os membros de uma família. Assim, o ordenamento jurídico precisou adequar-se a tais modificações, e, dessa forma, estabeleceu normas e princípios tutelando as relações baseadas no afeto, tendo em vista a importância da presença dos pais e/ou responsáveis para o sadio desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente. Aborda-se, ainda, o melhor interesse da criança sob a ótica constitucional e infraconstitucional, notadamente quanto à importância da convivência familiar, à presença dos pais e/ou responsáveis na formação dos filhos, além de evidenciar a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e as decisões que devem atentar ao seu melhor interesse, como medida de proteção integral. Entretanto, diante da ausência afetiva e do descumprimento dos deveres jurídicos que tutelam a entidade familiar, os filhos encontram-se moralmente abandonados e buscam o judiciário como forma de resolução destes conflitos. Dessa forma, visando à elucidação desse tema, analisar-se-ão posições doutrinárias quanto à utilização da mediação como meio de resolução de litígios. A presente pesquisa teve como marco teórico a mediação e as modificações advindas da Lei 13.058/2014.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Família. Mediação. Resolução de conflitos.

1 INTRODUÇÃO

A partir dos elementos constituintes e dos princípios da entidade familiar atinentes ao amparo e proteção do melhor interesse dos filhos, desenvolve-se esta pesquisa. Tais elementos são necessários para que se verifique os conflitos decorrentes da guarda compartilhada através de sua nova lei regulamentadora.

Em razão das características atribuídas pelo legislador à entidade familiar, como também da especial proteção atribuída aos menores, encontrar-se um posicionamento uníssono no que concerne ao amparo dos menores, ou, ainda, a importância da presença de ambos os pais para o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes. Entretanto, sua efetividade não é tarefa fácil. Isso porque, os meios judiciais de resolução de conflitos são lentos e inúmeros. Assim, diante da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e também estudando os novos perfis familiares que vem se delineando atualmente, o presente estudo procurou, através da doutrina e legislação, averiguar a possibilidade de mediar os conflitos familiares com o fim de resguardar a proteção dos menores.

Dessa forma, a pesquisa será realizada tendo como principal objetivo a análise da mediação no combate aos conflitos decorrentes da guarda compartilhada. Por isso, o estudo em questão possui relevância jurídica, não só em função do questionamento da eficácia da mediação, onde, com o advento do Novo Código de Processo Civil, esta ganha profunda importância para resguardar os laços de afetividade familiares.

Assim, para que se possa discorrer sobre os aspectos mencionados e realizar-se uma abordagem conclusiva acerca do tema, o texto será estruturado de modo a analisar, no primeiro capítulo, uma abordagem acerca do instituto da guarda, examinando a evolução das relações familiares baseadas no afeto e a função dos princípios que regem o Direito de Família.

No segundo capítulo, é realizado um estudo específico sobre a nova lei que regulamenta a guarda compartilhada, Lei 13.058/14, quando da ruptura do vínculo conjugal dos genitores e/ou responsáveis pelos menores.

O terceiro capítulo, por seu turno, diante da crescente reivindicação de acesso à justiça e da complexidade social, ocupa-se por mostrar a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos no âmbito familiar e que desoner e melhore o judiciário, além de apontar para as novas perspectivas legislativas através do novo Código de Processo Civil.

Por fim, cabe mencionar que a pesquisa não tem por escopo o exaurimento do problema, mas, sim, demonstrar que através da mediação pode-se refletir sobre o tema e suas soluções, dada sua complexidade.

2 CONCEPÇÕES A RESPEITO DA GUARDA DE FILHOS

A guarda dos filhos é considerada um direito e um dever dos pais, sua concessão é prevista com o objetivo de prestar assistência de ordem material, moral e educacional ao menor. O instituto da guarda é notavelmente um dos mais delicados no ordenamento jurídico, encontra proteção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A garantia à convivência familiar da criança e do adolescente com ambos os pais encontra respaldo nos princípios constitucionais do Melhor Interesse e Proteção Integral da criança e adolescente.

2.1 A guarda no Código Civil de 1916

No Brasil, conforme o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916), o pai era considerado o centro da família, ou seja, o chefe da mesma, pois a ele cabia as decisões sobre a família, inclusive a administração de bens comuns (até mesmo os bens particulares da esposa), além de autorizar a mulher a praticar alguns atos da vida civil.

O Código tratava-se de uma codificação do século XIX, ano em que Clóvis Beviláqua recebeu o encargo de elaborá-lo. Portanto, associava-se a sociedade da época, que era conservadora e patriarcal, marcada pela superioridade masculina responsável pelo comando exclusivo da família. A mulher, por sua vez, não possuía plena capacidade para os atos da vida civil.

Esta concepção fazia com que recaísse sobre a mulher a responsabilidade pela criação dos filhos, enquanto que ao homem cabia o dever de sustento da família. Bem porque, a cultura implantada na constância do Código Civil de 1916 era a de que havendo a dissolução do vínculo conjugal, sem culpa dos genitores, a guarda era atribuída à mãe, eis que esta, segundo a concepção de uma sociedade machista, era quem detinha as melhores condições de zelar por seus filhos, além da responsabilidade pelos afazeres domésticos. Tais preceitos encontravam amparo no art. 380 do Código

Civil Brasileiro de 1916¹, o qual inaugurou a noção de "colaboração da mulher", ainda que privilegiasse o pai na detenção desse poder.

Ao tratar de guarda, o Código Civil de 1916 não preservava o melhor interesse da criança, eis que a guarda era determinada de acordo com a culpa dos genitores quando da ruptura do vínculo conjugal. Pelo Código Civil de 1916, o adúltero era considerado o responsável pela separação e perdia o direito à guarda dos filhos e à pensão.

Denota-se, portanto, que o código de 1916 já tratava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, diferenciando a dissolução amigável da judicial e mandava, no seu artigo 325², os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Já no art. 326, dispunha com quem ficariam os filhos menores, levando em consideração a culpa dos genitores pela dissolução da sociedade conjugal, o sexo e a idade dos filhos.

Nesse sentido, o Código, como modo de valorizar a única forma de família, a família matrimonial, impunha freios, desestímulos aos cônjuges quanto à separação judicial, notadamente na separação-sanção, ao estabelecer graves sanções ao tido como culpado pelo fim do relacionamento conjugal, dentre elas a perda automática da guarda judicial dos filhos, conforme o disposto no artigo 326 do supra referido diploma legal³. Desse modo, a legislação civil da época acabava estipulando uma verdadeira sanção aos filhos do casal, pois aquele genitor em tese com melhores condições para o exercício da guarda poderia ser dela privado se fosse tido como culpado pela separação judicial e, o que é pior, se ambos os pais fossem considerados culpados, os menores seriam privados da convivência diária com eles, ficando na companhia de terceiros (ALVES, 2009).⁴

Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado. Não ficava ele com os filhos. Eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge 'inocente', punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole. Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, se o juiz verificasse que tal não acarretaria prejuízo de ordem moral a eles.

¹ Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

² Art. 325: No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

³ Art. 326: Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

⁴ Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28056/guarda_compartilhada_lei_alves.pdf >. Acesso em 28 de outubro de 2016.

Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia (DIAS, 2009, p. 397).

Em virtude da legislação civil de 1916, os menores sofriam uma espécie de punição em decorrência do término do casamento dos seus pais, pois os menores via de regra permaneciam apenas com um dos seus genitores, e o direito de visita (art. 326, § 2º, C.C., 1916⁵), muitas vezes não era suficiente para uma ampla convivência familiar. (ALVES, 2009).⁶

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saia premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo”.⁷

2.2 A guarda na Constituição Federal de 1988

Foi concedido tratamento isonômico aos homens e mulheres através do art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988⁸, garantindo-lhes, portanto, iguais direitos e deveres, inclusive aos previstos no art. 226, par. 5º da CF⁹, relacionados à sociedade conjugal.

⁵ Art. 326: Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

⁶ Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28056/guarda_compartilhada_lei_alves.pdf >. Acesso em 28 de outubro de 2016.

⁷ Disponível em: < http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf >. Acesso em 28 de outubro de 2016.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Tal isonomia relaciona-se também à relação existentes entre os genitores e sua prole, substituindo-se o “pátrio poder”, presente do Código Civil de 1916, pelo “poder familiar”, que outorga tanto ao homem quanto à mulher a supervisão da sociedade conjugal.

A guarda compartilhada há muito já vinha sido aplicada pelos magistrados, eis que é o modelo de guarda que mais respeita os direitos fundamentais dos envolvidos, conforme art. 227 da Carta Maior¹⁰, mas somente foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, através da Lei nº 11.698, que tornou regra sua aplicação.

Assim, a guarda, seja compartilhada ou não, tem o dever de servir à proteção dos menores com a finalidade de preservar crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas pela ruptura do vínculo conjugal, colocando-os à salvo de qualquer tipo de discriminação, opressão e negligência e respeitando o disposto no art. 227 da Constituição Federal¹¹.

E nessa linha, a Constituição Federal traz o princípio da prioridade absoluta da criança como norma a ser cumprida, onde a proteção não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado, é um dever social.¹² A soma dos vocábulos “prioridade” e “absoluta” indica o sentido do princípio, que é a qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem do dia com primazia sobre quaisquer outros (MARCHESAN, 2001, p. 80).

Um dos maiores avanços do Direito Brasileiro, principalmente após a Constituição Federal de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, separando o efeito simbólico que a doutrina

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

tradicional a eles destinava (LOBO, 2008, p. 18). Com a constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas que devem orientar toda a interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica, deixando de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional.

Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do interprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados (DIAS, 2011, p. 62). Os textos legislativos não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família, visto que a vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação.

Quanto ao princípio do melhor interesse para a criança, esse significa que a criança e o adolescente devem ter seus direitos tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhes digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade.

A responsabilidade parental, pós Constituição de 1988, encontrando fundamento no princípio do melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente, impõe aos genitores deveres que possibilitem o desenvolvimento humano dos filhos, dado a sua especial condição de seres em desenvolvimento.

Os operadores do direito necessitam dar valor ao interesse dos menores, devem observar o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal. O melhor interesse da criança e adolescente impõe essenciais cuidados para viver com saúde, incluindo a física, a emocional e a intelectual, cujos interesses, inicialmente são dos pais, mas se negligenciados o Estado deve intervir para assegurá-los.

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da idéia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar (HIRONAKA, 2005, p. 169).

De fato, todas as relações que envolvem os direitos da criança e do adolescente devem sempre ser analisadas sob à luz do princípio do melhor interesse da criança. O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei, deve sempre realizar o princípio consagrado (LOBO, 2008, p. 45).

O princípio em tela possui natureza de Direito Fundamental, com base constitucional¹³ e infraconstitucional,¹⁴ com uma aplicação extremamente abrangente, considerando que é essencial a análise profunda de cada caso em concreto, visando atender às necessidades do menor, pois só assim se poderá avaliar e valorar diante das circunstâncias sociais, qual a melhor maneira de garantir a criança e ao adolescente o seu melhor desenvolvimento.

Ainda, ao tratar-se de guarda, imperioso destacar a proteção à convivência familiar estabelecida na Carta Maior.

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entrelaçada pelas pessoas que compõe o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum, qual seja o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. A convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas (LOBO, 2008, p. 18).

É fundamental no processo de separação do casal a convivência familiar, eis que faz parte de formação da personalidade e caráter da criança e adolescente, o que implica na presença afetiva dos pais que devem zelar e primar pelo seu desenvolvimento saudável, por mais que estejam separados.

¹³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Idem 33

¹⁴ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. ECA

Ainda, denota-se da Constituição Federal que por mais que aconteça a ruptura do vínculo conjugal do casal, os vínculos afetivos com seus filhos, através do processo de guarda, devem ser mantidos e até mesmo reforçados.

Nesse sentido, tem-se que o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana, sendo essencial como alicerce fortalecedor da entidade familiar, preservando sua constituição e integralidade mesmo quando da separação de pais e filhos.

Segundo Hironaka, Tartuce e Simão (2009, p. 20), a afetividade como princípio jurídico fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Apesar da palavra afeto não constar expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio jurídico do afeto se manifesta em diversas passagens do texto constitucional.¹⁵

O princípio jurídico da afetividade fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares. A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desafeição entre eles (LOBO, 2008, p. 47-48).

O afeto é elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento parental, visto que traduz a confiança esperada pelos membros da família, respeito a sua dignidade.

¹⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A família agora separada, não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos, estando ambos os genitores presentes através da guarda compartilhada.

2.3 A proteção da criança e do adolescente sobre a ótica da legislação brasileira

Antes da Constituição Federal de 1988 a proteção da criança e do adolescente no Brasil era através do Código de Menores, Lei 6.697 de 1979, onde dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância dos menores.

O código utilizava-se da expressão menor irregular, que abrangia a falta de condições essenciais a subsistência, a saúde, a escolaridade, a maus tratos e ao desvio de conduta e infração penal. Com o advento da Constituição Federal, em 1988, o Código de Menores tornou-se ultrapassado, iniciando um período de discussão e de mobilização social na busca de uma nova legislação que privilegiasse as conquistas constitucionais de proteção integral e de atendimento prioritário à infância. O texto constitucional trouxe expressas e minuciosas disposições sobre os direitos da infantoadolescência (AZAMBUJA, 2004, p. 52).

Apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária. Em decorrência das novas normas constitucionais estabelecidas a partir de 1988, que preconizavam um novo paradigma em relação à infância, tornou-se imperativa a elaboração de um instrumento legal para regulamentar a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Se assim não fosse, a Constituição nada mais seria do que uma bela, mas ineficaz carta de intenções (VERONESE, 2009).¹⁶

Nascia, assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990, reforçando a doutrina da proteção integral à infância,¹⁷ o qual, no cenário

¹⁶ Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/>>. Acesso em 20 setembro de 2016.

¹⁷ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

mundial, foi o primeiro diploma legal concorde com a evolução da chamada normativa internacional, notadamente com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade, em novembro de 1989, pela Assembléia Geral das Nações Unidas (PAULA, 2004, p. 53). Suas normas se destinam à regular e a proteger de forma integral a criança e o adolescente de forma a abranger a todas as crianças e adolescentes, deixando assim de existir as condições taxativas como no código de menor.

O Estatuto tem a finalidade de proteção e assistência à infância e a adolescência e estabeleceu que criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos e, adolescente, aquele entre 12 e 18 anos de idade.¹⁸ Destaca-se que essa distinção teve como único objetivo dar tratamento especial às pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em razão da maior ou menor maturidade (PEREIRA, 1996, p.34).

O Estatuto ampliou o rol de direitos da infantoadolescência¹⁹ e acentuou a importância da família, das instituições e da comunidade, como responsáveis pela formação desses indivíduos (MIRANDA JÚNIOR, 2001, p. 82-83). Todo desenvolvimento principiológico que versam o estatuto, tem como fundamento os direitos fundamentais da criança e do adolescente previstos na Constituição.²⁰

Sob os direitos fundamentais, o estatuto assegura a criança o direito à vida e à saúde, a igualdade entre os filhos, assegurando que a criança não será vítima de nenhuma forma de violência física ou psicológica, a fim de garantir seu desenvolvimento moral, espiritual e social em condições de plena liberdade.²¹ À criança é garantido o direito de liberdade e a dignidade, como pessoas em processo de desenvolvimento.

O objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente é proteger a criança e o adolescente de toda e qualquer forma de abuso, bem como garantir que todos os direitos estabelecidos na Constituição lhes sejam assistidos. Além de disciplinar os

¹⁸ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁹ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁰ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

²¹ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais

mecanismos os quais devem ser utilizados para que a família, a sociedade e o Estado garantam todos os direitos inerentes ao menor.

Com o advento do Código Civil de 2002, evidenciou-se o interesse do menor como prioridade no direito de família. O legislador, sob a influência dos nortes trazidos pela Constituição Federal, valora a afetividade dos filhos, como elemento determinante nas relações familiares, estabelecendo a responsabilidade conjunta dos pais em relação aos filhos.²²

O poder familiar foi criado intentando a proteção dos filhos menores pelos pais,²³ defendendo seus direitos e deveres.²⁴ É o conjunto de direitos concedidos ao pai, ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida (PEREIRA, 2006, p. 130). Pauta-se pelo critério da consangüinidade e também o socioafetivo, ou seja, aquele fundado no afeto e não na origem biológica.

Outro aspecto relevante do Código Civil no que diz respeito ao descumprimento do Poder Familiar, seria a perda do poder familiar como forma de punição aos pais que descumprem o múnus na direção e criação dos filhos²⁵. No entanto, considera-se que essa consequência poderia ser considerada um bônus ao pai desidiioso, visto que tal sanção não afasta os prejuízos da inobservância do dever de cuidado e repelir tal conduta (CUNHA, 2011).²⁶

²² CAPÍTULO XI - Da Proteção da Pessoa dos Filhos.

²³ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

²⁴ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

²⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

²⁶ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/482>. Acesso em: 2 de setembro de 2016.

Destarte, o Código Civil de 2002 deve ser lido à luz dos princípios constitucionais, porquanto incorporou diversos meios de proteção presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente ²⁷ e expressos na Constituição Federal,²⁸ extinguindo o antigo sistema de situação irregular e partindo para o novo paradigma de proteção integral à criança.

²⁷ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento da Lei 13.058, de 22.12.2014, que alterou os art. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC/2002 brasileiro para estabelecer significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, um novo contexto se impôs.

A guarda compartilha há muito já vinha sendo aplicada pelos magistrados brasileiros, entretanto, a Lei 13.058/2014 tornou-a regra geral nos casos de separação conjugal, tornando obrigatória a efetiva participação dos pais na criação dos filhos.

3.1 Guarda Compartilhada na família contemporânea

Com a ruptura do vínculo conjugal, a guarda dos filhos sempre foi regulamentada pelo Código Civil brasileiro. Ele enquanto unilateral, priorizava na maioria das vezes a mãe como responsável pela guarda dos filhos. Entretanto, diante das modificações que a família brasileira enfrentou, a guarda passou a ser tratada visando o melhor interesse da criança e do adolescente. Com isso, a guarda antes defendida como unilateral teve sua regulamentação modificada, passando assim a ser defendida como compartilhada.

O Projeto de Lei n.º 117/2013 do deputado Arnaldo Faria de Sá, pertencente ao Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), tramitou durante três anos pela Câmara dos Deputados, sendo aprovado pelo Senado Federal em 26 de novembro de 2014.

Ato contínuo, em 22 de dezembro de 2014, a lei n.º 3.058/2014 foi sancionada. Entretanto, não inovou com o instituto da guarda compartilhada, uma vez que, desde o ano de 2008, a Lei n.º 11.698 já estabelecia a respeito de tal instituto. A nova lei alterou os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, todos do Código Civil Brasileiro, os quais também já tratavam sobre a guarda compartilhada, bem como sua aplicabilidade.

Nesse diapasão, a lei n.º 13.058 de 2014 passou a estabelecer o significado da nomenclatura “guarda compartilhada”, bem como dispor acerca da sua aplicabilidade.

Conforme já analisado, a família sob a ótica constitucional tem conotação solidária e afetiva, sendo a base da sociedade e essencial à formação do ser humano, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade e o respeito aos direitos fundamentais de seus membros.

Diante da dinâmica das relações sociais contemporâneas, com novas formas de organizações e rupturas familiares, são as crianças e adolescentes que mais sofrem suas consequências.

A separação dos cônjuges (separação de corpos, separação judicial ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos menores, porquanto o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos, ainda que estes passem a viver em residências distintas (LOBO, 2008, p. 168), devendo sempre estar atentos aos interesses dos menores.

A família contemporânea, em constante modificação, pode enfrentar dissabores oriundos da dissolução da sociedade conjugal. Estas constantes mudanças não devem atingir os filhos, pela vulnerabilidade decorrente do estágio de formação especial. A necessidade de proteger a prole recebe destaque nos processos de separação ou divórcio de índole litigiosa que normalmente conduziria a aplicação da guarda unilateral. Essa modalidade gera o afastamento da convivência familiar de um dos genitores devendo ser reavaliada por prescindir o melhor interesse da criança e do adolescente. Sempre que possível, o compartilhamento da guarda atende, com maior eficácia, a efetividade dos princípios constitucionais do melhor interesse e da convivência familiar ao possibilitar o convívio com ambos os genitores.²⁹ Nesse sentido salienta as autoras:

No âmbito da família na contemporaneidade, é importante grifar que a filiação foi separada do casamento, sua conceituação pauta-se nas relações de afeto, da consanguinidade e de outros meios. A família e a filiação de parentesco ou não entre si convivem em harmonia. A filiação deslocou-se da família e os direitos das crianças e adolescentes devem, sempre que possível, ser analisados de forma autônoma da entidade familiar.³⁰

Consequentemente, a família é a unidade responsável e de todos os processos mentais que se dão na relação de afeto e emoções entre seus membros, sendo sua centralidade responsável pelo correto desenvolvimento e crescimento dos infantes.

²⁹ TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5 p. 141/142.

³⁰ TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5 p. 145.

A unidade familiar persiste mesmo depois da separação de seus componentes, pois é um elo que se perpetua. Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles sobre a guarda dos filhos sujeitos ao poder familiar, é necessário definir a respeito da convivência com os filhos (DIAS, 2011, p. 429). Até mesmo nos procedimentos de separação consensual, é indispensável constar o que foi acordado com relação à guarda e à visitação dos filhos.

A guarda é um poder e um dever que se impõe à pessoa do guardião no propósito de dar assistência moral, educacional e material à crianças e adolescentes. É, pois, uma relação de caráter pessoal entre o guardião e o menor, com reflexos de cunho assistenciais, inclusive de natureza material.

Com o advento da nova lei de guarda compartilhada, a exclusividade da guarda única, e preferencialmente à mãe, com reduzidas visitas pelo pai, perde sua majestade. Agora, a seu lado e no mesmo patamar normativo, orientada pelos princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança, coloca-se a guarda compartilhada. Embora lícita e possível em nosso direito anterior à Lei 11.698/2008, sua aplicação no cotidiano do foro era incipiente, apesar de promover maior, mais próxima e efetiva participação de ambos os pais na rotina dos filhos, o que é fundamental para o equilíbrio emocional da criança. As mudanças experimentadas pela sociedade nesse campo, exigiram a edição dessa lei (GRISARD, 2014, p. 189).

Deixou de ser priorizada a guarda individual, conferindo aos genitores a responsabilização conjunta e o exercício igualitário dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores. A mudança foi significativa.³¹

Na dissolução da sociedade conjugal a guarda compartilhada mostra-se eficaz no sentido de efetivar o direito à convivência familiar e preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, pois permite que ambos os pais presenciem a vida dos filhos, promovam um desenvolvimento físico, intelectual e espiritual saudável. Esta proximidade faz a criança e o adolescente perceber a relação afetiva entre ela e seus

³¹ DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 12.

genitores, perceber o apoio que possibilitará desenvolver suas aptidões com segurança e confiança.³² Nesse sentido as autoras explicitam:

A vantagem de se estabelecer a guarda compartilhada está em priorizar o melhor interesse da criança ou do adolescente, permitir que a criança tenha acesso aos genitores sempre que sentir necessidade, além de os pais aumentarem sua disponibilidade com seus filhos, passa a existir entre os ex-cônjuges uma comunicação mais assídua, gerando uma confiança maior nos assuntos relacionados à prole. A guarda compartilhada é uma maneira de assegurar a participação ativa dos pais na vida de seus filhos, compartilhando decisões importantes, relativos aos filhos, conservando a união familiar, a convivência que havia antes da dissolução da sociedade conjugal.³³

É no cerne das situações conflituosas e geradoras de distorções em relação ao exercício da responsabilidade parental que a instituição da guarda compartilhada visa atender. Com a aprovação e instituição da Lei n. 13.058/14, esta modalidade é adotada como regra e não mais como alternativa, mesmo quando não há acordos entre o casal. Somente em situações excepcionais será aplicada a guarda unilateral, quando se apresentarem justificativas relevantes, por exemplo, quando um dos pais não se encontra apto ao exercício do poder parental ou não houver interesse expresso por um dos pais em compartilhar a guarda do filho.³⁴

Com a ruptura da vida comum cada cônjuge refaz sua vida, na maioria das vezes criando uma nova família, mas, com a guarda compartilhada o filho da união desfeita poderá ser incluso de forma contínua no novo grupo familiar que cada um dos pais formou após da dissolução da sociedade anterior, incidindo maior comunicação entre pais e filhos, ocorrendo menos problemas de lealdade entre os membros da família.³⁵

Destaca-se que dentro da doutrina da proteção integral houve a adoção da postura de não mais considerar a criança um objeto de proteção, mas inseri-la no papel

³² TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5 p. 157.

³³ TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5 p. 153.

³⁴ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. O que se espera com a guarda compartilhada nos casos de alienação parental: fragmentos da clínica com uma criança. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 42.

³⁵ TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5 p. 153.

de sujeito de sujeito protagonista e detentor de direitos prioritários em todas as esferas jurídicas e sociais.

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes – guarda única, guarda alternada, guarda dividida -, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mãe inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores (GRISARD, 2014, p. 209/210). Nesse sentido o autor ainda menciona:

O pai (ou mãe) periférico – aquele que não detém a guarda -, o dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato à evasão da paternidade e, de consequência, a tornar-se um pai fantasma no cotidiano de seu filho. A família contemporânea, que repulsa o modelo excessivamente rígido do século passado, é o centro (aglutinador e irradiador) do afeto entre seus membros e, obviamente, entre pais e filhos.(GRISARD, 2014, p. 210).

Apesar de todos chamarem a recente Lei 13.058, de 22/12/2014, como Lei da Guarda Compartilhada, o correto seria nominá-la de Lei da Igualdade Parental. Além de a convivência compartilhada já existir no ordenamento jurídico desde 2008, quando da alteração do Código Civil, está prevista, como prioritária, na própria Lei da Alienação Parental, por duas vezes (art. 6º, V): caracterizados atos que dificultem a convivência com um dos genitores o juiz pode determinar a alteração da guarda unilateral para compartilhada. (art. 7º): quando inviável a guarda compartilhada, é concedida a guarda ao genitor que viabiliza a efetiva convivência do filho com o outro. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura a guarda compartilhada na hipótese de a adoção ser concedida quando os candidatos já estejam separados (art. 42, par. 5º) ³⁶

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 16.

3.2 Modificações advindas da lei 13.058/2014

Enquanto os pais convivem serão mínimos ou inexistentes os conflitos sobre a guarda dos filhos, haja vista que ambos os pais, em suposta harmonia, excerceriam-na conjuntamente. O problema, no entanto, dá-se quando o casal de genitores rompe o relacionamento, ou quando a filiação decorre de um casal que não coabita. E são nestes cenários que a Lei 13.058, de 22.12.2014, veio inovar.

É notório que o fim do relacionamento entre os pais não implica em fim de relacionamento com seus filhos. Logo, a proposta de uma guarda adstrita a apenas um genitor, privando o outro de contato constante, nunca foi a ideologia do Código Civilista.

Nesse sentido é a alteração no art. 1583 do CC/2002 brasileiro³⁷. Mantiveram-se intactos o *caput* do artigo em questão e seu parágrafo 1º, que esclarecem que as guardas podem ser unilaterais ou compartilhadas, definindo-se-as. Manteve-se, ademais, a não previsão da guarda alternada.

Conforme o § 1º do artigo 1.583, a guarda compartilhada consiste na responsabilização conjunta e no exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto.

Em que pese esta redação, ainda se mantém a obrigação judicial de se fixar tempo (dia) de convívio com o filho. Visitações livres são prejudiciais tanto aos pais quanto aos filhos, para fins de evitar eventual expectativa da criança de ser visitada ou ainda, atrapalhar programas previamente agendados.

A fixação de dias é providencial para o acesso aos filhos. O juiz deve apenas fixar a guarda compartilhada e permitir que o convívio do genitor que não resida com os

³⁷ 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 Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

filhos dê-se em tais dias, dividindo estes dias de forma proporcional a fim de evitar-se as visitas somente em fins de semana, salvo se for recomendável no caso concreto.

Alterou-se o parágrafo segundo para o fim de suplantar a proposta preferencial de uma guarda unilateral, substituindo-se a redação para que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre atendendo as condições fáticas e os interesses dos filhos. Importante mencionar que, é bem diferente da guarda alternada, pois na guarda compartilhada existe o aproveitamento de dois lares, favorecendo a permanência dos vínculos afetivos e da responsabilidade, que garantem o adequado desenvolvimento dos menores. Já na guarda alternada, há um desempenho exclusivo da guarda, conforme um período já estipulado. Necessário também reforçar que, de acordo com este dispositivo, ambos os pais devem possuir acomodações para a criança e suas respectivas residências.

Com relação ao parágrafo terceiro, antes, era comum o guardião mudar-se para outra cidade, muitas vezes por simples alienação parental, e levar o filho consigo, pois, de fato, era o guardião.

Agora, em caso de mudança de cidade de um dos genitores, o juiz avaliará qual cidade será a base de moradia dos filhos, levando em consideração principalmente o que melhor for para o menor, ou seja, a base de moradia será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. Merece deferência a nova redação do dispositivo, para evitar aplicações equivocadas da legislação, que, desde a edição da Lei 11.698/2008, muitos Tribunais vinham deixando de aplicar a guarda compartilhada quando os genitores residiam em cidades diferentes

Para a determinação da base de moradia do filhos, na mesma cidade ou não, o critério elegido pelo legislador foi o da residência que melhor “atender os critérios dos filhos”. Desta forma, ausente o consenso, caberá ao juiz e ao promotor a utilização da perícia social e psicológica para que, de forma efetiva, esse critério seja atendido.

De acordo com a nova lei, foi vetado o § 4º do artigo 1.583, pois a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser originada tanto por consenso entre os pais devidamente homologado pelo juiz ou por determinação legal, bem como poderá ser modificada em favor do melhor interesse do menor, em caso de haver motivo grave ou alterar os fatores que determinam a guarda.

Nova redação também ganhou o parágrafo quinto, que revê que qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, podendo supervisionar o interesse dos filhos, se caso o casal optar pela guarda

unilateral. Denota-se que este dispositivo ressalta a responsabilidade parental, além dos deveres e direitos dos menores e reforça os princípios constitucionais e aqueles inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que concerne o dever de vigiar os menores.

A nova lei também modificou o artigo 1.584 do Código Civil.³⁸ Certamente, o dispositivo que mais tem despertado atenção – sendo foco de inúmeras controvérsias – é o que explicita o modo de compartilhamento. Quem está privado de conviver com os filhos, comemora, proclamando que foi introduzida a guarda alternada, com a divisão igualitária de período de convivência. Já quem tem os filhos sob a sua guarda, se desespera. Diz que a alternância vai desestabilizar os filhos, que deixarão de ter uma referência de moradia. 19 A concessão de guarda compartilhada não subtrai a obrigação alimentar do genitor que tem melhor situação financeira, pois o filho merece desfrutar de condição de vida semelhante na residência de ambos. Afinal, diferenças muito significativas de padrão econômico não podem servir de motivo para convencer o filho a residir com quem tem mais a lhe oferecer.³⁹

O mencionado artigo confirma a dualidade do sistema de guarda, unilateral e compartilhada. A forma de estabelecimento da guarda pode ser por consenso, em casos em que há acordo entre os pais e este é homologado pelo juiz, ou determinação judicial, que pode ser devido a propositura de ação autônoma com a finalidade se solucionar a

³⁸ Artigo 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 as 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, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

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

§ 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.

§ 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.

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

³⁹ DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 17.

questão da guarda, separação, divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.

A nova lei não obriga o revezamento de moradia entre a casa dos genitores, trata-se de uma divisão balanceada do tempo do menor com seus responsáveis, onde as decisões relativas ao mesmo também devem ser compartilhadas.

O § 1º do artigo 1.584 estabeleceu ao juiz o dever de, na audiência de conciliação, informar ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, sua importância, a igualdade de direitos e deveres que competem aos pais e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Esse dispositivo diz respeito à conscientização da permanência dos laços afetivos entre pais e filhos como direito do menor. Caso não haja acordo entre os pais, conforme o § 2º do artigo 1.584, a guarda unilateral só será determinada a um dos genitores, quando o outro declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor, ou seja, se ambos os genitores concordarem com a guarda unilateral. Sendo assim, o juiz não pode determinar o compartilhamento. Mas se apenas um dos genitores não concordar com a guarda compartilhada, poderá o juiz determiná-la por meio de ofício ou requerimento do Ministério Público.

Na perspectiva da psicologia, diz-se que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe, é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de ter a ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor (LOBO, 2008, p. 168). Deve o menor, portanto, ser ouvido pelo juiz, sempre que este entender necessário para o melhor interesse da criança.

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que estes se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada. O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Por isso, é indispensável evitar a verdadeira disputa pelos filhos e a excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos (DIAS, 2011, p. 431)

A lei, inclusive, trouxe dispositivo de natureza processual ao impor ao juiz o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada: mais

prerrogativas a ambos, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos (CC, art. 1.584, par. 1º). Ou seja, mesmo que tenham os pais concordado com a guarda unilateral, foi-lhes imposto o dever de alertá-los sobre as vantagens do compartilhamento.⁴⁰

A primeira parte do inciso I guarda semelhança com o revogado art. 1583. Mas não só nas ações mencionadas na parte final desse inciso pode haver pedido unilateral de estabelecimento de guarda, também nas de nulidade ou anulação de casamento ou de investigação de paternidade. Uma ou outra das espécies de guarda, quando não haja acordo entre os pais, pode ser estabelecida por decreto judicial, prerrogativa que toma como base o interesse do filho, à semelhança do art. 1.584 revogado, ou em razão da distribuição do tempo necessário ao convívio da criança com o pai ou a mãe. Quando decretada a guarda, unilateral ou compartilhada, pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, fica eliminada a ideia de visitação, substituída com vantagens pelo direito de convivência, evitando a possibilidade de alienação parental do menos e as constantes falsas denúncias de abuso e reduzindo, significativamente, as demandas por alimentos e suas revisões. Nesse caso, o consenso deixa de ser requisito para que se estabeleça a guarda compartilhada (GRISARD, 2014, p. 196).

Antes do advento da lei da guarda compartilhada, previa-se que “sempre que possível” a guarda compartilhada seria aplicada. Agora, conforme o parágrafo 2º, lê-se que será imposto pelo juiz a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores não quiser ser guardião. Porém, o juiz continuará a fixar a casa-base onde o filho residirá e os “períodos de convivência”, sempre dentro de uma proposta de divisão paritária que não atrapalhe o menor, podendo, para tanto, municiar-se de um estudo psicossocial, por exemplo, que, inclusive, poderá indicar que a guarda compartilhada não é a recomendada ao caso.

O § 3º do artigo 1.584 estabelece poderes ao juiz para, de ofício ou requerimento do Ministério Público, buscar em trabalho técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar subsídios à sua decisão. Conforme esses elementos, o juiz estabelecerá a guarda compartilhada, determinando as atribuições dos pais e os períodos de convivência com os filhos de forma equilibrada.

Caso um dos guardiões descumpra os prazos ou os requisitos estabelecidos nas condições judiciais sujeitar-se-á a redução de suas prerrogativas, conforme o § 4º do

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 12.

artigo 1.584 do Código Civil. Na audiência de conciliação, o juiz informará as partes sobre as sanções que lhes podem ser impostas pelo descumprimento de suas atribuições, advertindo-as quanto à necessidade de estrita obediência ao que foi homologado ou decretado.

Conforme o § 5º do artigo 1.584, sempre que se verificar a inconveniência dos filhos permanecerem na companhia do pai ou da mãe, o juiz poderá atribuir à guarda a terceira pessoa que demonstre aptidão com a natureza da medida. Porém, observando-se a preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade entre o guardião e o menor. Vale lembrar que, tanto na guarda unilateral quanto na guarda compartilhada, o terceiro poderá dividir as responsabilidades com o pai ou a mãe do menor, como entre um dos pais e os avós, um avô materno e uma avó paterna, entre ambos os avós paternos e os avós maternos, um dos pais e um parente ligado ao menor por laços de afinidade e afetividade, um dos pais e seu companheiro. A ratio do instituto é ampliar a proteção dos interesses dos filhos (GRISARD, 2009, p. 207).

O § 6º do artigo 1.584 estabelece a obrigação dos estabelecimentos privados ou públicos a prestarem informações para ambos os pais sobre os filhos, sob multa diária, tornando-se assim um grande facilitador. Isto porque, o genitor que não é guardião amiúde tinha grandes dificuldades para ter acesso a documentos relacionados aos filhos, como por exemplo, históricos escolares, prontuários médicos, saldos de contas etc, o que os deixavam negativamente por fora da vida dos menores.

Reafirmou-se o direito dos genitores na obtenção de informações detalhadas sobre situações e assuntos ligados à saúde física e psicológica dos filhos, bem como das que versem sobre seu desenvolvimento educacional.⁴¹ Previu a lei, ainda, a possibilidade de prestação de contas⁴² e de redução das prerrogativas daquele genitor que descumprir imotivadamente as cláusulas de guarda firmadas.⁴³

A nova lei também modificou o artigo 1.585 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

⁴¹ Art. 1.584. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

⁴² Art. 1.583. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

⁴³ Art. 1.584. § 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.

Artigo 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre a guarda de filhos, mesmo provisória, será proferida preferencialmente, após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Sendo assim, excepciona a regra da prévia oitiva da parte contrária, antes de concessão de liminar de guarda, se a proteção aos interesses dos filhos exigir.

Por fim, a lei n.º 13.058 de 2014 trouxe uma série de alterações no que tange o exercício do poder familiar, através do art. 1.634 do CC/02.⁴⁴ A redação não é complexa, apenas reafirma que em quaisquer situações a responsabilidade e a decisão sobre os filhos é de ambos os genitores.

Merecem considerações o inciso IV (conceder ou negar consentimento para viajar ao exterior), cuja situação é corriqueira de pais que levam os filhos sem qualquer autorização do outro genitor, cabendo, por consequência, aos órgãos governamentais efetivar a fiscalização, inclusive por via terrestre e não apenas aérea. O inciso V, dá a possibilidade de impedir a mudança de domicílio sem a autorização do outro genitor, quando a mudança ocorrer de forma permanente. O cônjuge que detém a guarda deve requerer que o genitor autorizador emita algum documento para ficar resguardado e proteger-se de eventual ação futura. Com relação ao inciso IX, educar e imputar um trabalho de acordo com a idade é condição já verificada na própria Constituição Federal em seu artigo 227⁴⁵, inclusive sobre o trabalho a partir dos 14 (quatorze) anos, conforme já verificado no artigo 7º, inciso XXXIII⁴⁶ também da Constituição Federal.

⁴⁴ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁴⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

Os dispositivos do Código Civil alterados pela lei 13.058/2014, analisados e interpretados em conjunto, atribuíram maiores responsabilidades aos pais, na criação e educação dos filhos, garantindo-lhes direitos e obrigações equivalentes, quando ambos manifestarem interesse em manter a convivência estreita com sua prole.

Se pai e mãe desejarem a guarda do filho, e não houver nenhum impedimento para que tal ocorra, que possa ser nocivo à convivência compartilhada, ambos terão direito ao compartilhamento.

Se um dos pais tiver algum impedimento de ordem moral, cuja convivência diária não se apresente salutar para o filho, por certo o juiz deixará de atribuir a guarda compartilhada, visando o bem estar do menor.

A nova lei não obriga o revezamento de moradia entre a casa dos genitores, trata-se de uma divisão balanceada do tempo do menor com seus responsáveis, onde as decisões relativas ao mesmo também devem ser compartilhadas.

O efetivo convívio da criança com ambos os pais não estava previsto na redação original do Código Civil de 2002, mas, timidamente, era aplicado quando havia consenso entre os pais sobre a sua estipulação.⁴⁷

A modificação da legislação civil, proposta pelo PLC 117/2013, foi efetivada através da Lei n. 13.058/2014, que consolidou a igualdade parental entre os genitores, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada”, em busca da efetiva participação do pai e da mãe na educação e cuidado dos filhos. A nova lei teve como principais fundamentos a co-responsabilidade dos genitores e o equilíbrio na divisão do tempo de convivência dos pais com seus filhos.⁴⁸ A edição da lei de igualdade parental traz avanços reais para o Direito das Famílias, contemporizando-o aos novos arranjos familiares,⁴⁹ que não se limitam mais às famílias nucleares.⁵⁰

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos,

⁴⁷ Art. 1583. Observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

⁴⁸ Revista IBDFAM edição 18, janeiro de 2015, p. 05.

⁴⁹ Dias define os novos arranjos familiares como famílias plurais, e elenca as diferentes formas da família como matrimonial, informal, homoafetiva, paralela ou simultânea, poliafetiva, monoparental, parental ou anaparental, composta, extensa, subtistuta e eudemonista. (DIAS, 2011, p.400).

⁵⁰ Estrutura social em que a família funcionava como um núcleo composto pelo chefe da família, sua mulher, filhos e netos, que eram os representantes principais; e um núcleo de membros considerados secundários, formados por filhos ilegítimos (bastardos) ou de criação, parentes, afilhados, serviçais, amigos, e agregados. (Roosenberg, 2009. Disponível em: <https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf> Acesso em 25 de outubro de 2016.

No direito à convivência familiar de crianças e adolescentes repousa um dos pontos de esteio da chamada doutrina da proteção integral, na medida que implica reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, em decorrência da particular condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não meros objeto de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos, já que titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos (MACHADO, 2003, p. 161). Como medida para resguardar a convivência familiar, a mediação tem fundamental importância, porquanto a participação de uma terceira pessoa mediadora no conflito auxilia na melhoria do relacionamento, principalmente entre genitores e seus filhos, como será abordado a seguir.

4 MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação é tanto um complemento como um meio alternativo de efetivo acesso a Justiça frente ao tradicional método processual aplicado no Judiciário. Devolve às partes conflitantes a autonomia de conduzir seus impasses, com o fim de preservar a entidade familiar, porquanto quando da existência de filhos, há a perduração das relações mesmo após a separação ou divórcio

Os princípios basilares da Constituição recepcionam a mediação familiar, norteando conflitos de complexidade imensurável, visando restabelecer a efetiva comunicação entre os membros da família, estimulando a continuidade dos vínculos familiares.

4.1 Breve conceito histórico e procedimento

O vocábulo mediação é proveniente do latim *mediare*, que significa estar no meio e exprime um conceito de neutralidade do mediador. Este, intervém parcialmente sem qualquer poder de decisão, com o fim de ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução na medida do possível favorável à ambas as partes.

O conflito convive com os relacionamentos humanos, tanto em sociedade como no ambiente familiar privado. O ser humano é complexo, e os conflitos fazem parte de sua natureza. Tanto podem ser relativos à identidade, quanto de poder, de culpas, de medos e de frustrações (THOMÉ, 2010, p. 111). O reconhecimento negativo sobre um conflito é natural, pois este é fruto de desavenças e situações constrangedoras, sendo evitado, portanto, ante o temor de insatisfação com o resultado.

Entretanto, diante dos sentimentos contraditórios existentes nos conflitos, é possível o redimensionamento das questões e um satisfatório resultado, melhorando o relacionamento familiar. Para isso, é imprescindível a intervenção de um terceiro imparcial durante o procedimento de mediação.

Tal procedimento - mediação familiar -, encontra-se recepcionada pelos princípios norteadores do cc, encontrando na eticidade um campo fértil para a aplicação de suas técnicas norteadas por condutas éticas, morais e em consonância com o ordenamento jurídico; na socialidade, buscando atender às necessidades de todos os

envolvidos na ruptura da relação conjugal e, na operabilidade, traduzida no envolvimento direto dos mediados na prática da mediação e na concretização de soluções satisfatórias para todos (THOMÉ, 2010, p. 120)

A mediação chegou ao Brasil por duas vertentes: a primeira em São Paulo veio do modelo francês em 1989. E a segunda veio da Argentina, chegou ao Sul do País, sendo um modelo dos Estados Unidos, no início da década de 90. Sendo assim, a mediação fora inserida na busca de reduzir o distanciamento entre o Judiciário e o cidadão, no aperfeiçoando dos instrumentos de acesso à justiça, e numa tentativa de desafogar o Judiciário. No Brasil o modelo adotado é a mediação familiar, interdisciplinar, com características do modelo Europeu (BARBOSA, 2007)⁵¹ sendo um sistema informal de resolução de conflitos alternativo ao judiciário.

A implementação da Mediação no Brasil, faz-se presente com o Projeto de Lei n.º 4.827/98, de iniciativa legislativa da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, que adotou o modelo francês da mediação, legalizando o seu conceito. Outra iniciativa legislativa ocorreu na década de 90, onde a professora Ada Pelegrini Grinover coordena um grupo de juristas, processualistas, que redigem um projeto de lei da mediação o Projeto de Lei n.º 4.827/98, abrindo o tema para debates públicos, visando seu aperfeiçoamento (BARBOSA, 2007).⁵² A contribuição histórica da mediação no Brasil vem consagrando definitivamente o conhecimento profundo dos direitos e deveres humanos.

De igual maneira o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei n.º 2.285/2007, de iniciativa legislativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, de autoria do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – consagra a mediação familiar interdisciplinar nos artigos 128 e 129 do PL13,⁵³ nas disposições gerais do Título VII – Do Processo e do Procedimento, consentindo ao instituto o status de princípio, devido a ampliação da jurisdição, sugerindo essa atividade extrajudicialmente, afastando a realização da

⁵¹

Disponível

em:

<[Acesso em 01 out. 2016.](http://srvapp2s.urisan.tcche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewPDFInterstitial/94/74.></p></div><div data-bbox=)

Disponível

em:

<[Acesso em 15 out. 2014.](http://srvapp2s.urisan.tcche.br/seer/in dex.php/direitosculturais/article/viewPDFInterstitial/94/74.></p></div><div data-bbox=)

⁵³ Art. 128. Em qualquer ação e grau de jurisdição deve ser buscada a conciliação e sugerida a prática da mediação extrajudicial, podendo ser determinada a realização de estudos sociais, bem como o acompanhamento psicológico das partes.

Art. 129. A critério do juiz ou a requerimento das partes, o processo pode ficar suspenso enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

técnica no âmbito do Judiciário, mas com previsão de sua concretização em justaposição à jurisdição do Estado (BARBOSA, 2007).⁵⁴

Sendo a mediação um procedimento de autocomposição, é das partes o encargo de deliberação para elaborar e discutir um acordo final, pois são revestidas de poder decisório. São elas responsáveis pelos resultados e andamento do procedimento, com devido auxílio do mediador. As decisões devem ser tomadas de maneira voluntária, restando vedados o uso de coerção ou influência por parte do mediador.

Conforme já se aduziu, a mediação, assim como as demais formas de tratar os conflitos, não constitui fenômeno novo, na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios – no cenário brasileiro, por exemplo, assiste-se não só a uma crise estrutural (instalações), funcional (pessoal), substancial (métodos) do Poder Judiciário, como a uma crise generalizada nas instituições (crise na educação, saúde, previdência social, economia). (MORAIS, 2012, p. 132).

A mediação traz em seu conteúdo uma grande possibilidade de contribuir para uma sociedade melhor, mais humana, mais digna e capaz de uma convivência mais harmoniosa. A sociedade do século XXI já pode identificar novos valores sociais, o próprio direito, voltando-se mais para o ser em sua integralidade, em seu aspecto emocional afetivo (CACHAPUZ, 2011, p. 148), sendo através da mediação exposto à possibilidade de resolução de conflitos sem a intervenção estatal.

Durante o processo de mediação é possível esclarecer com os mediandos determinadas percepções inexatas, confrontar posições antagônicas, reconhecendo interesses contraditórios e reações e emoções inapropriadas. Outras vantagens se referem ao enfrentamento do problema em conjunto, evitando atribuir-se culpa somente ao ex-parceiro pelas escolhas pessoais (DUARTE, 2011, p. 28).

O Poder Judiciário continua com o pleno poder constitucional de solucionar os conflitos e a mediação, pela sua efetivação, auxiliará nessa tarefa de resolução de conflitos (SALES, 2004, p. 67). Apesar das críticas relacionadas ao Poder Judiciário, a mediação não visa ser um substituto deste, funcionando apenas como um meio auxiliar.

O Poder Judiciário, usando de suas faculdades legais, tem por objetivo dar fim ao conflito, decretando a procedência ou improcedência da ação, não havendo espaço para

54

dar atenção às carências emocionais das partes envolvidas, que são aspectos subjetivos das pessoas.

O judiciário não trata das emoções envolvidas nos conflitos familiares, mas estas se exteriorizam na conduta das partes envolvidas nos processos de ruptura dos vínculos familiares, e a sentença nunca alcança essas emoções (THOMÉ, 2010, p. 112). Além de que, o acesso a Justiça, mesmo sendo para todos, não os alcança em sua totalidade, seja pelas lacunas culturais ou econômicas da sociedade.

A insatisfação das partes com o Poder Judiciário devido à morosidade, aos custos processuais e a dificuldade de acesso, fez com que houvesse uma procura por vias alternativas para a resolução de conflitos. Surge então a mediação como uma alternativa credível à via litigiosa, ajuda os pais a não abdicarem da sua responsabilidade como pais e leva-os a assumirem, eles mesmos, as suas próprias decisões.⁵⁵ Nesse contexto, leciona EL TASSE (2004, p. 39):

As pessoas envolvidas em demandas judiciais, raramente obtém satisfação. A parte derrotada não aceita a decisão contrária a si, por não visualizar, no seu julgador, alguém digno de confiança e respeitabilidade. Até mesmo a parte vencedora sente-se ultrajada pelo Poder Judiciário que demora anos para reconhecer seu direito, ocasionando, ao longo de todo o tempo em que se desenvolve o rito processual, transtornos financeiros, emocionais, enfim, sofrimentos dos mais variados.

Desta forma, a mediação enquadra-se como meio alternativo para desafogar a via judicial, respondendo melhor a cada caso concreto e garantindo um direito cada vez mais amplo a sociedade através da democratização do acesso à justiça.

Sendo uma ferramenta extremamente forma para instrumentalizar a transformação do Poder Judiciário, desobstruindo-o, a mediação no processo judicial dá oportunidade, às partes envolvidas no litígio, de encontrar uma solução alternativa ao conflito, não obstante ao fato do tempo disponível não ser suficiente para trabalhar melhor o sistema como um todo, entretanto, com a implantação da mediação os resultados positivos restam claros, e evidente é a melhoria da qualidade do serviço prestado ao cidadão pelo poder Judiciário (FERNANDES, 2008).⁵⁶

⁵⁵ INSTITUTO PORTUGUÊS DE MEDIAÇÃO FAMILIAR. O que é mediação familiar?. Disponível em: <<http://www.ipmediacaofamiliar.org/MEDIACAO.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁵⁶ Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5168/a_mediacao_aplicada_ao_judiciario >. Acesso em: 15 set. de 2016.

A utilização da mediação como complemento da atividade jurisdicional é de grande utilidade em virtude da inadequação de certas estruturas tradicionais para a resolução de conflitos de massas no que tange à questão dos interesses transindividuais e ao crescimento do contencioso, através do excesso de demandas.

No processo de mediação familiar, um terceiro é colocado de comum acordo entre as partes litigantes, para facilitar a comunicação, buscando-se diminuir ou modificar o clima adversarial e competitivo entre eles (DUARTE, 2011, p. 28). Se as partes se mantêm em posição inflexível e/ou se um deles não deseja participar do processo, não há mediação, a qual representa, segundo Sales (2011, p. 28):

Representa uma autocomposição assistida, o processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação, entre as partes, almejando a solução e a prevenção de conflitos. O mediador é quem oferece, através de seus métodos próprios maior possibilidade de solução satisfatória de conflito.

O processo em que as partes se colocam como adversários, apoiados por parentes e amigos que os cercam, tem como pano de fundo os diversos interesses, necessidades e medos particulares, que levam o mediador a formular algumas questões e hipóteses sobre a posição rígida assumida por cada um deles, tendo por base os enunciados (conscientes) apresentados, e as enunciações (inconscientes) demonstradas. Quanto ao interesse dos mediandos, estes se referem mais aos aspectos subjetivos, e apesar deles se manifestarem objetivamente, se podem inferir alguns valores, princípios e sentimentos relacionados a cada um dos implicados nos conflitos e disputas litigiosas (DUARTE, 2011, p. 28).

O mediador é um indivíduo especializado em resolver conflitos, tendo caráter de interventor imparcial, escolhido pelos mediandos, atuando entre eles, como facilitador do diálogo. É importante, porém não é obrigatório, que possua noções de psicologia e direito para que possa detectar o conflito e caminhar junto às partes, levando-as à tomada de consciência, para que ambas possam decidir da melhor forma possível o impasse existente (CACHAPUZ, 2011, p. 51).

Conforme explica Caetano Lagrasta Neto (2002),⁵⁷ o mediador deve ser escolhido por indicação judicial ou por escolha das partes, devendo no primeiro caso ter sido por estas aceito. Tal negociador deve ter especialização na matéria a ser tratada, possuindo respeitabilidade, bem como garantia de total sigilo de seu desempenho. No

⁵⁷ Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/476/657>>. Acesso em: 15 set 2016.

momento em que tiver que lidar com sequelas morais e sentimentos exacerbados, deve estar apto para ouvir e ensinar a ouvir, entender os motivos da parte e fazer com que ela entenda os motivos da outra parte, contribuindo, dessa forma, para a solução decisiva do conflito, sem que haja interferência direta nas contendas.

A presença do terceiro, denominado mediador, imparcial e neutro, está ligada à tentativa de se assegurar a existência de condições propícias à realização do diálogo entre as partes que, por conseguinte, induzindo ao poder de decisão sobre uma possível solução. Consoante ensinamento de Duarte (2011, p. 28), destaca-se:

O mediador busca estimular cada um dos mediados a envolverem-se nas tomadas de decisões, incentivando-os a falar e a ouvir as questões e os interesses do outro em um clima de empatia e cordialidade, evitando-se situações de manipulação de poder de um lado e a humilhação pelo outro. Embora a proposta da mediação seja a de transformação de conflitos, em que os mediados devam estar implicados nas questões propostas, receptivos a mudanças de posição em relação à problemática apresentada, não se pode desconsiderar que também poderão ocorrer mudanças subjetivas, com chances de autoconhecimento e a partir do diálogo entre os mediados. A proposta é que esses resolvam suas questões por si mesmas, com ajuda do mediador.

Não cabe ao mediador julgar, dirigir ou sugerir, não tendo ingerência na vida particular dos participantes, nem os influenciando em suas decisões. Ele se utiliza de técnicas autocompositivas previamente escolhidas para levar os mediados às suas próprias reflexões, demonstrando que não há um ganhador e um perdedor (DUARTE, 2011, p. 28).

A intervenção de um mediador é desprovida de qualquer poder de decisão, a fim de ajudar aqueles que estejam envolvidos em um conflito a chegar, de maneira voluntária, a uma solução aceitável para ambos os lados. Cuida-se, pois, de um procedimento confidencial e voluntário, estabelecido de acordo com um método próprio e informal, contudo coordenado (CALMON, 2013, p. 113). Sempre cabendo às partes a possibilidade de solução concreta do conflito.

O mediador deve estimular os mediados a exporem seus sentimentos, não como se fossem obrigados a livrar-se deles, mas sim, buscando encontrar o que proporcionou a divergência que poderia contribuir para uma nova visão ou reconhecimento do aspecto gerador do conflito (CACHAPUZ, 2011, p. 51). Até mesmo nos momentos mais delicados, em que as emoções estão em desequilíbrio, o mediador deve compreender as partes auxiliando-as na resolução do conflito em questão.

4.2 A mediação no novo CPC

Ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, a partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça incitou a utilização da mediação, incumbindo aos órgãos judiciários oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação.

Pela Resolução nº 125, foi determinado aos Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, foi determinado a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal (PEREIRA, 2015).⁵⁸

A mediação é um procedimento extrajudicial, ou seja, ocorre antes da procura pela jurisdição. Entretanto, a forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos, desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão (PINHO, 2013, p. 930).

Para aprimorar as novas diretrizes da mediação no Brasil, deu entrada no Senado, o Projeto de Lei nº 166/2010 tratando do Novo Código de Processo Civil, que mais tarde foi transformado no Projeto Substitutivo nº 8.046/2010, na Câmara dos Deputados, e que em 17 de dezembro de 2014, foi aprovado pelo Poder Legislativo.

A mediação e a conciliação podem ser vistas como expedientes que visam a realização das garantias de liberdade e de autonomia no seio das famílias. A valorização da mediação nas ações de família pelo novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, segue a trilha da realização do ideal da mínima intervenção estatal na família.

O Novo Código de Processo Civil prevê e disciplina sua aplicação, que, através do Estado será promovido, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos,

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em 15 set de 2016.

devendo ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Por certo, exigirá mudança de postura e ações efetivas para dar o mínimo de suporte material, estímulo, treinamento, inclusive com a previsão de remuneração dos mediadores e conciliadores, sob pena de perecer todo o esforço legislativo até então empreendido (PEREIRA, 2015).⁵⁹

A lei 13.105/2015 traz a obrigatoriedade dos tribunais de criar centros de audiências de mediação buscando incentivar a solução consensual dos conflitos.

A mediação tem como essência ser voluntária, respeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida, por ser contra a sua essência, qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidentalmente à demanda judicial. É o princípio da autonomia da vontade, onipresente na prática mediativa, que se funda na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades (PINHO, 2013, p. 930). Por ser uma faculdade, as partes podem peticionar para o juiz alegando que não querem, e então dar seguimento no processo.

Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, deixam de ser considerados formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal para passarem a ser vistos como instrumentos auxiliares no tocante ao objetivo de presta universalmente serviços de solução de controvérsias. Através dessa visão, os mecanismos alternativos não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela se somam, propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário (FOLLE, 2011).⁶⁰ O objetivo é favorecer a solução consensual com o auxílio de um mediador imparcial, durante as audiências, e em tantas sessões quantas forem necessárias.

Como visto, a preocupação da Comissão é com a mediação judicial. Como já afirmado, o Projeto não veda a mediação prévia ou a extrajudicial, apenas opta por não regulá-la, deixando claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais disponíveis no mercado (PINHO, 2011).⁶¹ Ainda, o

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em 15 set de 2016.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/reflex%C3%B5es-acerca-da-media%C3%A7%C3%A3o-pr%C3%A9via-obrigat%C3%B3ria-no-processo-civil/>>. Acesso em 01 out de 2016.

⁶¹ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21/>. Acesso em 01 de out de 2016

juiz também poderá chamar outros profissionais, para ajudar nos casos mais conflituosos, visto que a mediação busca uma providência justa e igualitária entre as partes, sendo ideal para os conflitos familiares.

A Constituição, garantindo o acesso à justiça por meio do devido processo legal, não tem a finalidade de criar somente regras formais de procedimento em juízo, mas, sobretudo, garantir a tutela jurisdicional a todos, de maneira que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. Assim sendo, o processo deve ser entendido como o meio adequado e seguro para propiciar ao titular do direito violado pronta e efetiva proteção. Então, nos casos em que a solução consensual do conflito apresentar-se como instrumento viável de pacificação dos litigantes, o processo adequado comportará, necessariamente, a utilização da conciliação e da mediação para a satisfação plena dos escopos da jurisdição (FOLLE, 2011).⁶²

Em razão disso, verifica-se que o Judiciário torna-se mais cidadão, porque traz, para dentro do Código, institutos como a mediação, com a finalidade de desafogar o Judiciário, na tentativa de diminuir a lentidão e a morosidade dos processos. O que se pode observar é que a mediação, aos poucos, vai se fazendo presente, porém o mais importante é a mudança na forma de pensar dos operadores do Direito, é fazer com que estes tenham uma cultura no acordo, permitindo que surjam métodos alternativos capazes de resolver os conflitos existentes entre as partes (TRENTIN, 2011).⁶³ Nesse diapasão, leciona PINHO (2011):⁶⁴

É inegável a contribuição da mediação para o processo. Depreende-se de todo o exposto que é necessária uma nova base científica para o processo, numa revisão metodológica, com a releitura do conceito de jurisdição. Neste terceiro milênio deve-se priorizar uma coexistência pacífica entre as partes, estimulando o diálogo e participação dos protagonistas do conflito, preservando-se as relações, voltada, portanto a uma maior humanização do conflito.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar

⁶² Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/reflex%C3%B5es-acerca-da-media%C3%A7%C3%A3o-pr%C3%A9via-obrigat%C3%B3ria-no-processo-civil/>>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

⁶³ Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 16 set de 2016.

⁶⁴ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21/>. Acesso em 16 set de 2016

espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito (TRENTIN, 2011).⁶⁵

O salutar movimento entusiasta dos métodos alternativos de resolução de conflitos, inclinados à redução da litigiosidade desnecessária, influenciou na elaboração da regra, agora geral, de que, ajuizada uma ação, o réu será citado, não para contestar, mas para comparecer a audiência de conciliação ou mediação. Somente com o encerramento da audiência, não tendo havido transação, terá início o prazo para contestação. A audiência não será realizada somente se autor e réu manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual ou se não for admitida autocomposição (MENDES, 2015).⁶⁶

A mediação constitui-se no meio mais adequado à resolução de conflitos familiares do que uma decisão judicial adjudicada pelo Estado-Juiz, pois os elementos psicológicos costumam predominar sobre os jurídicos neste tipo de litígio.

4.3 A efetividade da mediação como resolução de conflitos decorrentes da guarda compartilhada

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito do pai, mas direito do filho (DIAS, 2011, p. 401).

A realidade é que os filhos são as maiores vítimas do conflito dos seus pais, que, de uma hora para a outra, os impedem de pisar solidamente em uma estrutura familiar edificada no pai e na mãe, onde ambos são amados por eles, sendo induzidos a extirparem de sua bagagem emocional, o amor e o afeto que tem enraizado, devendo considerar ora um, ora outro como seu adversário, perdendo a segurança, passando a conviver com dúvidas sobre o que está certo. E mais tarde, trazendo para a sociedade na qual convivem, personalidades desajustadas, pela falta do amor primário que se adquire na família, pouco contribuirão para o seu crescimento. Serão profissionais alimentados

⁶⁵ Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 16 set 2016.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>. Acesso em 16 set 2016.

somente pela ciência e tecnologia, pessoas frias, sem condições emocionais de bem gerir os seus problemas e os do grupo social (CACHAPUZ, 2011, p. 140).

O conflito suscitado por uma guarda compartilhada não cumprida, precisa ser enfrentado por todos os membros da família, inclusive os filhos, que não devem ser privados do contato com seus genitores, visto que os conflitos são inerentes ao ser humano e não devem necessariamente ser encarados negativamente. Nesse sentido, Warat (2001, p. 129) explicita:

Pertencemos a um paradigma cultural orientador de soluções e não orientador de processos. Em vez de tentarmos compreender o outro, queremos sempre encontrar soluções. Quando vemos alguma coisa que não gostamos, tentamos solucioná-la ou a julgamos ao invés de tentar compreendê-la.

A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de natureza privada, informal, confidencial, não adversarial, voluntária e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador que apenas assume o encargo de as aproximar, de as ajudar a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que entre ela emergiu. A mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as Ciências Sociais e Humanas, daí ser a mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e, por causa disso, acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos (BANDEIRA, 2002, p. 116).

Ademais, a inclusão social torna-se possível num processo de mediação através da capacidade de estimular a participação efetiva das pessoas, que tomam consciência da existência do conflito, aceitam a necessidade de diálogo com a outra parte no litígio e, com esta, procura obter a solução mais justa e adequada para ambas as partes. A mesma interação social que deu origem ao confronto de interesses é a que, de uma maneira mais inteligente e satisfatória, origina um entendimento mútuo. Há um empoderamento das partes em torno de uma solução, além de estimular a reflexão dos mediados acerca de suas responsabilidades, direitos e obrigações (SALLES, 2004, p. 38).

É através da mediação que acordos propícios a ambas as partes referentes ao compartilhamento da guarda dos filhos são entabulados, pois com a transformação dos

conflitos é possível o redimensionamento de questões ligadas à sentimentos como raiva, culpa e inconformismo ao melhor interesse dos filhos.

Não desaparece com a separação dos ascendentes o exercício das prerrogativas inerentes ao dever parental de acompanhar de perto, e de interferir positivamente na formação do filho, sempre voltado para a consecução dos seus melhores interesses (MADALENO, 2011, p. 84). Através da mediação é possível uma abertura ao contato restrito entre pais e filhos, beneficiando os menores no seu crescimento.

Portanto, segundo Sales (2004, p. 39), a mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.

A pacificação social surge quando a mediação se alicerça na solidariedade e tolerância, incentivando as pessoas a buscarem os interesses comuns criando, portanto, uma cultura de paz social. Como forma pacífica, contributiva e participativa de resolução de conflitos, exige, a mediação, que os mediados protagonizem a discussão acerca dos meandros dos problemas, sobre posturas, sobre direitos e deveres de cada um primando pelo compromisso ético com o diálogo honesto entre todos (SEIDEL, 2007, p. 80). Por oportuno, salienta-se:

A falta de convivência dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter os filhos em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referencia, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes (CANEZIN, 2011, p. 77).

Além das vantagens já citadas, a mediação multidisciplinar é extraordinariamente importante para esclarecer a realidade vivida tanto pelo filho vítima da ruptura conjugal, quanto pelo pai presumidamente negligente, que descumpre o acordo a respeito da guarda, tendo em vista a participação não só de um mediador, mas

também de profissionais de outras áreas, como a psicologia. O agir desses especialistas, possibilita a aproximação e, ainda, o fortalecimento do vínculo familiar, o que se contrapõe a um litígio analisado pelo Judiciário. Isso porque, em uma demanda judicial há um lado vencedor e um perdedor ou um culpado e um inocente (VIEGAS, 2013).⁶⁷

A mediação é um procedimento que tende a fortalecer os laços familiares, solidificando as relações positivas existentes, permitindo aos genitores uma melhor convivência com os filhos quando ambos são os guardiões.

Os pais serão encaminhados para a construção de novas formas de convivência com os filhos, conscientizando-se do papel de cada um, com o intuito de formarem um relacionamento respeitoso, alcançando alto índice de possibilidade de dar certo, porque a solução partiu das partes envolvidas e não foi decidida por nenhum entranho. (CACHAPUZ, 2011, p. 142). O melhor interesse dos menores sempre deve ser o foco central da mediação.

A mediação é um caminho para resolver controvérsias e chegar a acordos onde o casal tenta e pode conversar entre si e tomar decisões sobre o futuro dos meses. Nos conflitos que acompanham os processos de separação, muitas pessoas se desesperam, sem conseguir conversar com o parceiro de forma construtiva, e na frente do mediador isto pode ser facilitado.

A mediação é única. Além de outras qualificações, ela representa um método adequado para tratar de situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal tem de ser desenvolvido, passo a passo, com planejamento, com técnica e visão interdisciplinar. (BACELLAR, 2012, p. 87).

Com a ruptura do vínculo conjugal e existência de filhos menores, não é suficiente cada cônjuge seguir sua vida. A unidade familiar não deixar de existir, eis que o estado de família é indisponível. Ambos os pais continuam como detentores do poder familiar, e agora com a regra do compartilhamento, ambos dividem a guarda, exceto se um deles renunciar este direito, ou o juiz entender, pelo princípio do melhor interesse da criança, que esta deva ser unilateral.

Inúmeras são as vantagens promovidas pelo compartilhamento de guarda, pois ambos os pais podem ser detentores da guarda, devendo dividi-la isonomicamente em

⁶⁷ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em: 17 set 2016.

relação aos deveres e obrigações com seus filhos, ocorrendo o compartilhamento dos gastos e manutenção.⁶⁸

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial. Caso estipulada na ação de divórcio ou dissolução de união estável, há a possibilidade de ser buscada em demanda autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria. Mesmo que um dos genitores não aceite compartilhar a convivência, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Ainda que tenham os pais definido a guarda unilateral, há a possibilidade de um deles, a qualquer momento, pleitear a alteração. Mesmo que ambos os pais discordem, o juiz pode impor o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, comprovado determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, para desempenharem a contento as funções parentais.⁶⁹ Com a mediação e a flexibilização da palavra, percebe-se que essa forma, com certeza, traz menos malefícios ao filho do que a regulamentação minuciosa das visitas, com a definição de dias e horários e a previsão de sanções para o caso de inadimplemento

O interprete pode recomendar a prática da mediação familiar como instrumento de interdisciplinaridade, tendo por objetivo a discriminação do casal conjugal do casal parental, e o tratamento psicológico/psicanalítico, nos casos em que se observa angústia e sintomas nos sujeitos criança, adolescente e adulto. Por intermédio desses recursos ampliam-se as possibilidades de acordos que propiciam melhor entendimento entre os ex-cônjuges e seus filhos, pois com a transformação dos conflitos e as mudanças da subjetividade dos sujeitos envolvidos nos litígios, abrem-se canas de diálogo, cooperação e comunicação que vão favorecer o melhor relacionamento parental e familiar. O importante é dar a possibilidade a pais e filhos de se expressarem e comunicarem suas angústias e sentimentos sobre a situação em que, necessariamente,

⁶⁸ TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5 p. 152.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 19.

estão envolvidos. Dar a voz à criança e ao adolescente é considera-los como sujeitos de desejos e de direito, que precisam ser respeitados em sua singularidade.⁷⁰

Sabe-se que para a criança a união dos pais é física e espiritualmente necessária, já que melhor do que os filósofos, teólogos, advogados e psicólogos, a própria criança percebe o seu vínculo com os pais como um sustentáculo em que se apoia toda a sua vida. Assim, esse apoio transforma-se numa experiência afetiva e intelectual que fornece, de maneira segura e estável, elementos para suas primeiras apreensões da realidade, que constituirão os germes de sua vida futura. Além de uma alimentação saudável e abrigo contra as intempéries naturais, são poucas as necessidades materiais de uma criança, o mesmo podendo se dizer de suas necessidades espirituais que, sendo simples, são absolutas; e que não sendo supridas nada poderá ser encontrado no mundo para substituí-las plenamente. (GRISARD, 2014, p. 255). É com a mediação que as necessidades materiais e imateriais tornam-se conhecidas e podem ser suprimidas, em benefício dos menores.

A mediação trata-se da melhor maneira referente à eventuais divergências a respeito do compartilhamento da guarda dos filhos, podendo trazer importante contribuição à uma sadia convivência familiar. Com ela, as partes podem eleger um mediador que transformará o processo em algo mais célere e menos doloroso. É uma maneira mais branda de tratar questões tão delicadas. Com ela, as próprias partes podem estabelecer um acordo entre si, com a ajuda do mediador e, preferencialmente, uma equipe multidisciplinar.

⁷⁰ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. O que se espera com a guarda compartilhada nos casos de alienação parental: fragmentos da clínica com uma criança. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015 p. 45.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia, que ora se conclui, demonstra a efetividade da mediação como forma de combate aos conflitos decorrentes da guarda compartilhada, fundamentando-se, para obter mencionada conclusão, nos princípios do direito de família, bem como na mediação.

Inicialmente, no primeiro capítulo, abordou-se o instituto da guarda, demonstrando a sua evolução no direito brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se concluir que a família sofreu profundas alterações em sua estrutura, sendo constituída hoje, basicamente, pelos laços de afeto.

Os direitos fundamentais encontram-se presentes e tem grande influência na entidade familiar, tendo o Estado conspirado para sua proteção, com a proteção do melhor interesse para os menores. Tendo o afeto extrema valorização, compreendido como o alicerce da verdadeira família e barreira à negligência, maus-tratos e descasos para com os menores.

No segundo capítulo, contata-se que com o advento da Lei 13.058/2014 o dever dos responsáveis em relação aos menores não é apenas relacionado ao dever material de sobrevivência, engloba o dever de assistência imaterial na fase de formação, necessitando o menor de amparo moral e psicológico. Ao serem privados deste atendimento, crianças e adolescentes enfrentam barreiras em seu desenvolvimento, tornando-se mais vulneráveis à situações corriqueiras. Ressaltou-se ainda, que o amparo psíquico aos menores não depende da presença constante dos responsáveis, muitas vezes impossibilitados pela ruptura do vínculo conjugal entre os genitores, por exemplo, entretanto, devendo se fazer presente na vida dos menores, seja a distância ou não, através da guarda compartilhada.

Assim, com o desenvolvimento do terceiro capítulo, pode-se concluir, inegavelmente, que a mediação é um eficaz meio de resolução dos litígios advindos da guarda compartilhada, respeitando a realidade e singularidade de cada membro da família. Através da orientação e auxílio de um mediador, porém sem intervenção direta do mesmo, apenas orientando às partes para uma solução condizente com seus interesses, tornando mais fácil a exposição de vontades reais e confronto de ideias. O

consenso almejado deve resolver as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados, e não apenas os problemas em discussão, sendo assim os acordos cumpridos com maior facilidade, notadamente porque não foram impostos por um terceiro imparcial.

Ainda, a enormidade de demandas judiciais poderá ser reduzida, aliviando o Poder Judiciário, e sendo mais benéfico às partes, resolvendo conflitos de forma mais célere e menos formal que a jurisdição estatal. Importante ressaltar que a mediação não substitui o judiciário, por ser uma técnica interdisciplinar, complementa e subsidia a via judiciária, justamente porque reconhece nas partes interessadas a capacidade e responsabilidade na resolução de seus litígios.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/08. Disponível em: <
http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28056/guarda_compartilhada_lei_alves.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2016.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? PortoAlegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem. Editora Saraiva, 2012.

BANDEIRA, Susana Figueiredo. A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios. In: Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2002

BARBOSA, Águida Arruda: Composição da historiografia da mediação – instrumento para o direito de família contemporâneo. Revista direitos culturais. v. 2, n.3, 2007. Disponível em:
<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewPDFInterstitial/94/74>>.. Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em outubro de 2016.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em outubro de 2016.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e Direito de família. Curitiba: Juruá, 2011.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. O Afeto face a Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família, 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/482>>. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

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

DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. A guarda dos filhos na família em litígio. Uma interlocução da psicanálise com o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. O que se espera com a guarda compartilhada nos casos de alienação parental: fragmentos da clínica com uma criança. Revista IBDFAM, V. 7, jan/fev 2015.

EL TASSE, Adel. A crise no poder judiciário: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural. Curitiba: Juruá, 2004.

FERNANDES, Paulo Porto. A Mediação Aplicada ao Judiciário. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 2008. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5168/a_mediacao_aplicada_ao_judiciario>. Acesso em: 18 mar. de 2015.

FOLLE, Francis Perondi, 2011. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/reflex%C3%B5es-acerca-da-media%C3%A7%C3%A3o-pr%C3%A9via-obrigat%C3%B3ria-no-processo-civil/>>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental RT: são paulo, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na relação paterno-filial. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord). Arte Jurídica. Curitiba: Juruá, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando Direito de família e das sucessões. São Paulo: Método, 2009.

_____. Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2016.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira apud SCHREIBER, Elisabeth. Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

MIRANDA JÚNIOR, Hélio Cardoso de apud SCHREIBER, Elisabeth. Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de, e Fbiana Marion Spengler – Mediação e Arbitragem – Alternativas à jurisdição! Porto alegre: Livraria do advogado 3ª edição, 2012.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de, apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

PEREIRA, Clóvis Brasil, 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 2013.

Revista IBDFAM, edição 18, janeiro de 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SEIDEL, Daniel. Mediação de conflitos: a solução de muitos problemas pode estar em suas mãos. Brasília: Vida e Juventude, 2007.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; dignidade da pessoa humana e mediação familiar. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORIANI, Leonice e LOCATELI, Cinara. Guarda compartilhada: efetivação dos direitos fundamentais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Revista IBDFAM, V. 5, set/out 2014 v.5.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry apud FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. O estatuto da criança e do adolescente e os direitos fundamentais. 2008. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/>>. Acesso em 03 agosto de 2016.