

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

ANGELICA MACHADO DOS SANTOS

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS DE GUARDA**

SÃO MATEUS – ES
2019

ANGELICA MACHADO DOS SANTOS

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS DE GUARDA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Vale do Cricaré, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Jakeline Martins Silva
Rocha**

SÃO MATEUS- ES

2019

ANGELICA MACHADO DOS SANTOS

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS DE GUARDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Aos meus familiares, que sempre foram a
minha base.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, à Deus, que me deu energia e condições de concluir estes cinco anos de estudo.

Agradeço aos meus familiares, que me incentivaram todos os anos que estive nesta trajetória.

Aos meus colegas de classe que estiveram comigo nesta busca pelo conhecimento, tornando mais alegres as horas na sala de aula.

Aos meus amigos, pela compreensão e incentivo.

Ao meu orientador, demais professores da Faculdade Vale do Cricaré, que muito contribuíram para minha formação acadêmica jurídica.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que fizeram parte desta etapa decisória em minha vida.

“Quando você quer alguma coisa, todo o Universo conspira para que você realize o seu desejo” Paulo Coelho

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo discorrer acerca da importância da mediação e conciliação das resoluções de conflitos de família, especialmente nos litígios que envolvem a guarda dos filhos. Para tanto, inicia-se demonstrando o conceito de família, sua mudança no atual cenário e contexto jurídico, com ênfase na diversidade de arranjos familiares. E dentro da temática de diversidade de arranjos, a família que se constitui após o divórcio é tema central, pois é a partir destes litígios que surgem a necessidade de solucionar da melhor forma o destino dos filhos, sem deixar que as desavenças, infelicidades da separação e necessidade de vingança, atinja os melhores advindos da relação amorosa desfeita. E neste contexto, é abordada a guarda compartilhada, que segundo atual entendimento doutrinário e jurisprudencial é a modalidade mais benéfica para todos os envolvidos. Neste diapasão, salienta-se a importância ainda, a importância da mediação e conciliação nas ações de cunho familiar, que são, as ações de guarda, vez que a sentença magistral não é sinônimo de resolução das questões que envolvem as partes no que se diz respeito aos ânimos, nem significa o cumprimento do decisório de forma amigável e espontânea, que posteriormente cria novas demandas judiciais de cumprimento de sentença e etc. O principal intuito do presente artigo é argumentar acerca dos benefícios e eficácia da mediação para resolução dos conflitos.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Guarda. Litígio de Família. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

The present monographic work aims to discuss the importance of mediation and reconciliation of family conflict resolutions, especially in disputes involving child custody. To this end, it begins by demonstrating the concept of family, its change in the current scenario and legal context, with emphasis on the diversity of family arrangements. And within the theme of diversity of arrangements, the family that is constituted after divorce is a central theme, because it is from these disputes that arise the need to better solve the fate of children, without letting the disagreements, unhappiness of separation and need for revenge, reach the best from the broken love relationship. And in this context, shared custody is approached, which according to current doctrinal and jurisprudential understanding is the most beneficial modality for all involved. In this tuning fork, the importance is also emphasized, the importance of mediation and conciliation in family actions, which are the custodial actions, since the magistral sentence is not synonymous with the resolution of the issues involving the parties as regards neither does it mean the friendly and spontaneous compliance with the decision, which subsequently creates new judicial demands for compliance with the sentence and so on. The main purpose of this paper is to argue about the benefits and effectiveness of conflict resolution mediation.

Keywords: Mediation. Conciliation. Guard. Family Litigation. Shared Guard.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CEJUSC- Centro Judiciário de Solução de Conflitos

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

RE – Recurso Extraordinário

SAP- Síndrome da Alienação Parental

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJES- Tribunal de Justiça do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 FAMÍLIA.....	13
1.1.DIVERSIDADE DE ARRANJOS FAMILIARES.....	14
1.2.DIVÓRCIO E SUAS IMPLICAÇÕES.....	16
1.3.GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE INFLUEM NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	18
1.3.1. Convivência Familiar.....	18
1.3.2. Proteção Integral e Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	19
1.3.3. Paternidade Responsável.....	21
2 MODALIDADE DE GUARDA.....	23
2.1. GUARDA UNILATERAL.....	23
2.2. GUARDA ALTERNADA.....	26
2.3. GUARDA COMPARTILHADA.....	29
2.4. A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI 13.058/14.....	32
3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO.....	35
3.1. A PRESENÇA DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO.....	36
3.2. A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR.....	38
3.3. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS NO EMPREGO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR.....	38
3.4. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE GUARDA COMPARTILHADA.....	42
3.4.1. A Guarda Compartilhada em Casos de Consenso.....	44
3.4.2. O Instituto da Mediação para fixação de Guarda Compartilhada.....	45
3.5. DADOS ACERCA DO SUCESSO DA MEDIAÇÃO.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

O art. 1583, segunda parte do §1, do Código Civil, registra que Guarda Compartilhada é “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.

E é acerca do estabelecimento desta modalidade de guarda como regra que o trabalho tratará. Dessa maneira, o trabalho indaga acerca da seguinte problemática, qual papel da mediação/conciliação? Como a mediação pode ajudar nos conflitos de guarda compartilhada? Quais as benesses da Guarda Compartilhada?

A guarda compartilhada ao longo do trabalho se revelou a melhor opção para as crianças, atendendo melhor aos seus interesses, vez que o tempo de convívio, a responsabilidade de ambos os pais, o dever de proteção, são bem superiores ao da guarda unilateral, que era a regra no passado.

Este trabalho tem por objetivo geral averiguação da instituição da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, o sucesso dos meios alternativos de solução de conflitos (mediação e conciliação). E como objetivo específico, a junção de ambas as questões, a utilização da Mediação como meio de viabilizar conflitos de guarda, a fim de tornar possível o estabelecimento por consenso da modalidade compartilhadas.

Desta forma, foi adotado o procedimento metodológico dentro de uma abordagem qualitativa baseado em bibliografia que formula a base da pesquisa.

Para melhor exposição do tema, este trabalho está dividido em Três Capítulos.

No Primeiro Capítulo, portanto, o trabalho apresenta o conceito de Família que é a instituição alvo do trabalho, e no item 1.1 são revelados os diversos arranjos de família, que há muito deixaram de ser compostas por um pai, mãe e seus filhos

O subtítulo 1.2. apresenta o direito ao divórcio como um dos possibilitadores das mudanças nos arranjos das famílias, criando por exemplo a família monoparental. E já o item 1.3. são abordadas as garantias e princípios constitucionais que podem influir no estabelecimento da guarda e de outras

questões que envolveu família. Os mencionados foram o direito ao convívio família, melhor interesse da criança e do adolescente, proteção integral e a paternidade responsável.

No capítulo 2 são tratadas as modalidades de Guarda de menores. No item 2.1. é apresentada a modalidade unilateral, que perfaz modelo em que o menor passa a residir com um dos pais, visitando o outro comumente a cada quinze dias. Em seguida, é apresentada modalidade Alternada, que não possui previsão legal no Brasil, e é bastante criticada, por ser considerada geradora de instabilidade e mudanças recorrentes na rotina da criança e adolescentes, entre outras questões.

Por derradeiro, no item 2.2. foi tratada o modelo de guarda que é considerado regra, a guarda compartilhada, que propicia maior convívio familiar com ambos os genitores, bem como obriga ambos os responsáveis à todas as obrigações atinentes a uma criança ou adolescente. Continuando, o subitem 2.3.e 2.4. trata da relação da Guarda compartilhada com as alterações que sofreu ao longo dos anos, no primeiro código de 2002, com a mudança de 2008 e por fim, em 2014 com o advento da lei 13.058.

Em seguida, no capítulo 3 explana o método de solução amigável de conflitos, os métodos da conciliação e mediação. Para tanto, ambos são qualificados, e em rápidas palavras, entende-se que na conciliação há uma imposição do conciliador de forma mais incisiva, participando de modo imparcial da tratativa, cuidando de casos mais brandos e numa conversa mais rápida. A mediação por sua vez, se revela numa conversa mais longa, onde o mediador de forma imparcial inicia a conversa comentando

Logo após, o tópico 3.1. comenta acerca da presença do advogado na sessão da mediação, o papel fundamental que ele exerce auxiliando e assessorando o cliente no momento de tomada de decisão, conscientizando acerca dos efeitos legais que surtirão.

Já os tópicos 3.2. e 3.3. tratando a inclusão da mediação no âmbito familiar que é perfeitamente cabível, revelando o que os doutrinadores entendem como sendo os pontos positivos e negativos. Dentre os positivos, apontam a celeridade, manutenção da harmonia familiar, a educação civil acerca do diálogo e etc. E dentre os negativos, a retirada da ideia de que o Estado seja o único meio de se buscar a justiça.

Após isso, o tópico 3.4. 3 seus subtítulos 3.4.1. e 3.4.2. tratam nas formas penas quais a Guarda Compartilhada podem ser fixadas, no consenso inicial dos pais que requerem em juízo a homologação do acordo através de uma Inicial protocolada. Ou, em caso de dissenso, nos autos em que se litiga pela guarda, pode ser marcada sessão de mediação com ou sem requerimento das partes, a fim de que seja tentada a composição amigável.

Por último, e não menos importante, o título 3.5. apresenta os dados disponibilizados pelo TJES, que prova o sucesso dos eventos de mutirão de mediação promovidos pelo CEJUSC que obteve saldo positivo de mais de 70% dos casos.

1. FAMÍLIA

Maria Helena Diniz, defende que a família no sentido amplo como grupo de indivíduos que estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. E em sentido mais restrito, discorre que é conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, formado por pais e sua prole.

Designa-se por família o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar. Família é local de acolhimento, aprendizagem, onde se desenvolvem a afetuosidade, zelo e amor.

Neste íterim Gustavo Tepedino assevera:

“A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção era produção dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos seus membros”.

Neste sentido, abandonou-se a concepção de proteção absoluta e indissolúvel da unidade total da família- que dispensava o contentamento dos seus membros, e outras questões, para se concentrar a individualidade de cada membro da família, que se trata de indivíduo valoroso, independente da sua condição no grupo (filho, pai, mãe), devendo a familiar ser lugar de desenvolvimento saudável físico, mental, emocional, de cada um.

A família passou por transformações robustas em sua formação, e atualmente possui definição ampla e mais subjetiva, considerando que a própria Constituição Federal, em seus artigos 226 a 230, assegura a diversidade de seus arranjos, que se dão por uniões entre pessoas de sexos distintos ou também através de homossexuais e seus filhos, ou apenas um dos genitores e seus filhos, união estável, famílias que comportam filhos biológicos, adotivos, sócio afetivos, dentre outros. No seguinte subtítulo trata se forma mais incisiva a temática.

1.1 DIVERSIDADE DE ARRANJOS FAMILIARES

Havia há tempos atrás um modelo padrão de família que era formada basicamente por um pai e uma mãe, e os filhos advindos do casamento apenas. No entanto, mudanças que ocorreram com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, e alterações realizadas nela mesma no decorrer dos anos, e ainda leis infraconstitucionais e entendimento jurisprudenciais, na contemporaneidade, são vários os arranjos familiares protegidos legalmente. Maria Berenice Dias enfatiza:

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família e emprestou juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou a ideia de família o pressuposto de casamento, identificando como família também a união estável entre homem e uma mulher. A família a margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com seus filhos. Agora, para a configuração da família deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

União amorosa que não recebia tutela do Estado era a união homoafetiva, que apenas em 2011, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que consolidou a identificação familiar da união estável homoafetiva, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. E posteriormente, em 2013, Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou resolução, de autoria do ministro Joaquim Barbosa, que afirmava o direito do casamento civil de homossexuais, que encontravam barreiras nos Cartórios Civis para celebração do casamento.

Nesse sentido se faz necessário mencionar o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. REGISTROS PÚBLICOS. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. DECISÃO DO E. STF EM JULGAMENTO CONJUNTO DA ADI Nº 4277 E DA ADPF Nº 132 QUE ATRIBUIU EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE À INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

DADA AO ART. 1.723 DO CC. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. FACILITAÇÃO DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO E. STF E DESTE E. TJRJ. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PROVIDOS. (Processo: APL 00066978120138190000 RJ 0006697-81.2013.8.19.0000, Relator: DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS, Julgamento: 09/07/2013, Órgão: Décima Quinta Câmara Cível, Publicação: 04/09/2013).

A família que antes era firmada em sistema de poder patriarcal, que dispunha dos seus filhos e exercia domínio sob os integrantes do grupo familiar, passou a ser baseada na afetividade que existe entre os membros. Com a constituição de 1988, os pais passaram não só a ter direitos de exigir obediência e ser responsáveis pela alimentação e guarda de seus filhos, mas também, responsáveis pelo emocional, afetuosidade destes. A família é à base da sociedade, e o afeto a base da nova família.

A sociedade que era muito arraigada em conservadorismo, à religião, aos poucos se tornou mais flexível, aceitando de forma mais acolhedora as famílias constituídas fora do matrimônio. A afeição passou a ser um fator primordial para a união e convívio das pessoas.

No presente século, ser membro de uma família não se priva a registros cartorários, ou a celebrações religiosas, mas sim por ligações afetivas, que consagram o real sentido desta entidade.

Nas palavras de Paulo Nader, doutrinador brasileiro, família é: “(...) núcleos constituídos por relações de parentesco biológico, civil, socio afetivo, ou por pessoas naturais dispostas a viver entre si uma comunhão de interesses afetivos ou assistenciais. ”

A legislação deve sem dúvidas acompanhar a realidade social, e o que houve com a legislação que regula a família, foi isto. O Código Civil de 2002 foi impulsionada por inúmeras mudanças ocorridas na sociedade, na Constituição, considerando que a realidade da família passou por uma transformação, um dos condicionadores desta mudança foi o direito ao divórcio. Este é o assunto a ser tratado no item a seguir.

1.2. DIVÓRCIO E SUAS IMPLICAÇÕES

O Direito ao Divórcio no Brasil, se deu inicialmente no ano de 1977, lei nº 6.515, que exigia vários requisitos, como ser precedido por separação judicial, concordância de ambos os cônjuges, tempo mínimo de dois anos de casamento, ou demonstração de culpa para o fim do casamento, ou doença, conduta desonrosa e seguiam-se as exigências.

A segunda previsão neste sentido foi a consignada na Constituição Federal de 1988, que em sua primeira versão, estabeleceu a dissolução do casamento pelo divórcio, mas ainda mantendo a necessidade de cumprir a separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Outro avanço foi a revogação do art. 38, da lei do divórcio de 1977, que ocorreu em 1989, através da Lei 7.841, que limitava o direito o divórcio a um pedido apenas e toda a vida do indivíduo.

Outra conquista adquirida, fora a Lei 11.441, de 2007, que criou possibilidade de divórcio e a separação consensual em Cartório Extrajudicial. Salvo em casos que envolvam filhos menores ou incapazes, havendo acordo entre os cônjuges, estes passaram a recorrer a meio mais célere de dissolução, podendo comparecer em Cartório, assistidos de advogado, e formularem o pedido.

E por fim, no ano de 2010, foi alterado o conteúdo do § 6º do art. 226, da CFRB, instituindo o divórcio direito no Brasil. O casamento civil deixou de necessitar de prévia separação judicial para ser dissolvido, sem haver requisitos prévios a serem satisfeitos, tais como prévias separações judiciais por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Por consequência, adquirido o direito ao divórcio, outras questões passaram a surgir, tais como decisão de guarda de filhos, prestação de alimentos- ressalte-se que a lei de alimentos é anterior ao do divórcio- 1968, as dissoluções das uniões originaram deveres, como por exemplo a prestação de alimentos aos cônjuges, filhos, partilha de bens, direito à visitação, guarda,

vários pontos que podem ser raiz de desentendimentos, e motivos para litígios em juízo.

Ainda, antes mesmo de todas estas questões que envolvem finanças, filhos, há de se pontuar, que o fim de um relacionamento mal resolvido cria sentimento de ódio, rancor, necessidade de vingança, e aí surge situação a ser levada à discussão nesta tese, que trata principalmente sobre mediação e guarda de filhos. Em situação de desentendimento entre os pais- ex cônjuges, levam-nos a querer usar o filho como objeto de vingança, e passam a brigar, por exemplo, pela guarda, como uma forma de vitória pessoal, sem levar em conta o melhor interesse da criança ou adolescente.

Inúmeros são os motivos que levam os pares a dissolverem suas sociedades conjugais, no entanto, existe situação delicada em divórcios que envolvam filhos, pois, estes devem ser privados de envolvimento nas questões dos pais, de forma a priorizar o bem-estar dos infantes, garantindo que não haja desgaste psicológico ou físico dos menores. Para tanto, inegavelmente a resolução amigável dos conflitos é a melhor saída para as ações de família.

Frente a isto, os Tribunais de Justiça tem rebatido incessantemente na realização de sessões de mediação, propagado a importância da resolução amigável dos conflitos, treinado servidores e outros interessados para realização do mesma, vez que, no diálogo, os genitores podem chegar a um denominador comum, e visando o melhor interesse dos filhos, liberar perdão àquele que outrora o ofendeu, curar o luto que existe por trás de um divórcio, o que facilitará a conversação e deliberação sobre as questões que envolvam a vida do filhos que possuem.

A resolução destes conflitos também é muito importante para evitar ações danosas que pais em conflito podem criar, tais como a alienação parental, onde pais, alimentados pelas desavenças contra o outro, passa a interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente, induzindo a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos afetivos.

Neste diapasão, vale trazer à lembrança o teor do artigo 227, da Constituição Federal que estabelece o dever de toda a sociedade, mas em primeiro lugar que a família tem para com as crianças e adolescentes:

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.

Diante do teor do texto constitucional supra, fica claro que, deve-se de qualquer forma, evitar a agressão psicológica da criança, a “opressão”, o que facilmente pode ser ofendido nos litígios, brigas dos genitores, e através da mencionada prática de alienação parental, que comumente se agrega a estes círculos de intrigas.

1.3. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE INFLUEM NO DIREITO DE FAMILIA

Ainda neste capítulo introdutório do assunto, resta mencionar algumas das garantias constitucionais correlatas ao direito de família, e mais especificamente ao modelo de guarda compartilhada.

1.3.1. Convivência Familiar

Ao tratar de guarda, uma das primeiras garantias que vem a memória é o direito à convivência familiar, que possui zelo maior no que se refere às crianças e adolescentes, dado o apontamento médico que revela a importância da manutenção deste direito para o crescimento físico e mental saudável,

Está garantida está gravada no art. 227, da Constituição Federal, e ainda, influiu no Código Civil, e ainda, possui amparo na Convenção dos Direitos da Criança. Veja:

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

Art. 9.3. da Convenção dos Direitos da Criança- Os Estados Partes devem respeitar o direito da criança que foi separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo nos casos em que isso for contrário ao melhor interesse da criança.

Art. 1.513, do Código Civil- É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Como será tratado neste trabalho, há situações em que o convívio familiar deixa de ser em um único lar, como nos casos de divórcio dos pais. Porém, as condições dos pais não devem inferir no direito à convivência que os genitores e seus filhos portam, independente da nova realidade que se necessite adequar.

Registre-se ainda, que a convivência familiar não é apenas a presença física do parente e genitores, mas se perfaz em ações de participação e empenho no acompanhamento dos filhos em suas atividades cotidianas, como idas ao médico, apresentações escolares e etc.

1.3.2. Proteção Integral e Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Princípios preciosíssimos são o da Proteção Integral e Melhor interesse da criança e do adolescente. As crianças que outrora eram tratados pela lei como objetos de propriedade dos pais, passaram a serem alvo de proteção máxima, entendidos como indivíduos mais frágeis da sociedade. Toda essa mudança se deu em 1989 com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas - ONU, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 99.710/90.

O princípio da proteção integral visando o melhor interesse da criança e do adolescente foi antes mesmo da Convenção mencionada, estabelecido na Constituição Federal de 1988, um marco significativo nas garantias dos menores, e encontra-se disposto no art. 227, caput, in verbis:

Art. 227, da CFRB. 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.

Acerca deste princípio, veja o que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

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

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

A doutrina comenta acerca desta maior proteção das crianças e adolescentes, defendendo que pode serem parte mais vulnerável da sociedade, necessitam de proteção reforçada pelo Estado, pela legislação, pela sociedade e pela família. Sem dispor de capacidade de exercício dos direitos dos quais são dotados, frente aos adultos, são frágeis.

Este princípio é balizador de inúmeras decisões que envolvem menores, onde, por exemplo, nas ações de investigação de paternidades e filiações socioafetivas, de forma que, havendo embates acerca da revelação do DNA e a afetividade entre as partes envolvidas, os magistrados optam pelo melhor interesse da criança ou adolescente. O menor sente amor pelo pai que não possui carga biológica? A inclusão de um genitor (a) afetivo na certidão de nascimento do menor é o melhor interesse do menor? A multiparentalidade, se abriga neste princípio, pois a temática busca conferir uma solução jurídica adequada aos melhores interesses da criança e do adolescente.

1.3.3. Paternidade Responsável

Acerca da paternidade responsável e o planejamento familiar, há previsão constitucional elencada no art. 226, § 7º, no seguinte sentido:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Estudando a paternidade responsável, há de se mencionar os dois aspectos deste fato. O primeiro deles é o a livre decisão que o indivíduo tem de escolher em ter ou não filhos e quantos filhos desejar, consistente no livre planejamento familiar, ou seja, sem poder o Estado ou entidades públicas ou privadas interferirem nesta decisão. Nesse sentido dispõe o § 2º do art. 1.565 do Código Civil, [...] o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

A dignidade da pessoa humana está expressamente consignada na Constituição Federal (Arts. 1º, inc. III e 226, § 7º). Com isso o Constituinte veio a garantir a democratização do planejamento familiar, dando ao casal a livre decisão (com responsabilidade), sobre o assunto, coibindo interferências de qualquer entidade, inclusive religiosa.

No caso de registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o Oficial do Cartório remeterá ao Juiz Corregedor Permanente do Serviço de Registro Civil certidão integral do registro, com declaração da genitora sobre o suposto pai, com sua qualificação e identificação. O Juiz, então, ouvindo a genitora sobre a paternidade alegada, determinará a oitiva também do suposto pai, que poderá reconhecer a paternidade, lavrando-se termo de reconhecimento, que será averbado no registro de nascimento, ou negá-la, remetendo-se os autos ao Ministério Público para que, havendo elementos suficientes, ajuíze a ação de investigação de paternidade ou envie os autos à Procuradoria de Assistência

Judiciária do Estado para tal. Todo este procedimento tramitará em segredo de justiça.

Tal princípio visa um planejamento familiar racional e independente, para que os seus membros possam se desenvolver naturalmente. Uma sociedade madura e consciente assume a questão do Planejamento Natural da Família como um projeto global de amor, de vida, de saúde e de justiça.

2. MODALIDADES DE GUARDA

Como mencionado, o divórcio envolve inúmeras outras questões a serem discutidas, e dentre eles, a guarda dos filhos, frutos da união em desfazimento. E antes de entrar no enfoque central do trabalho, que é o momento de mediar a decisão e acordo das partes no intuito de estabelecer com quem e de que forma será exercida a guarda, o presente capítulo trata das modalidades de guarda existentes.

Inicialmente, destaque-se que guarda é ação ou efeito de guardar; vigilância, proteção, cuidado de alguém.

2.1. GUARDA UNILATERAL

A Guarda unilateral está disciplinada no art. 1.583 do Código Civil, que é concretizada através da atribuição de apenas um dos genitores ou terceiro que os substitua à guarda de seu filho, como consta no referido dispositivo legal:

Art. 1.583. CC - A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

Esta modalidade concentra nas mãos de apenas um dos genitores, a responsabilidade com decisões do cotidiano do filho, guarnição no lar fixado com o genitor, cuidados do dia-a-dia, etc., e concede ao pai não guardião, o direito regular de visitação, sem que isso se configure isenção ou suspensão de poder familiar, apesar de deixar de residir no mesmo local.

A guarda unilateral é uma boa saída quando não há consenso entre os pais na criação dos filhos, ou quando há conflito constante, onde o diálogo não é viável. Esse modelo de guarda é bastante usual até que se inicia-se o incentivo judicial por outra modalidade que será apresentada.

Infelizmente, esta modalidade priva o filho de ter contato diário com um dos pais, vendo-o comumente de quinze em quinze dias, nas visitas. Por este

motivo, a Lei n. 11.698/2008 procurou promover a substituição reiterada desta modalidade pela guarda compartilhada, modalidade que propicia maior participação de ambos os pais na vida do filho (a).

Importante lição é dada por Ana Maria Milano:

[...] na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores.

Para entrega da guarda unilateral a um dos pais, é necessário que sejam observados alguns requisitos, para que se constate qual dos dois possui melhores condições de ser guardião e exercer tal atribuição. Alguns dos fatores levados em consideração: “ I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II – saúde e segurança; III – educação” (CC, art. 1583, parágrafo 2º). Sendo rechaçada a alegação de que seja observada condição financeira como critério de definição de guarda.

Com o advento a lei acima mencionada, a guarda compartilhada deve ser a primeira modalidade a ser pensada como cabível, e não traduzindo como o melhor interesse da criança ou adolescente, deve entrar em pauta a guarda unilateral. Sobre o mencionado dispõe Paulo Lôbo:

A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil, e após a Lei n. 11.698/ 2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. No divórcio judicial convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio.

Voltando a dissertar acerca dos fatos que levam a fixação da guarda, vale registrar que a Lei nº 11.698/ 2008 indica o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação, como sendo

definidores no momento de fixar a quem será entregue a guarda. No entanto, este rol não taxativo, nem possuem pesos distintos ou preferenciais. Não precisam necessariamente, à luz da lei, serem preenchidos concomitantemente. O juiz no momento da sentença, analisando o caso concreto, ponderará as condições que cada genitor pode propiciar ao filho, e desta forma, poderá preferir um critério a outro.

O trabalho dos magistrados na Vara da Família é amparado com equipes de multidisciplinares, que auxiliam nos estudos sociais, psíquicos, fazem contato com a realidade das partes, visitas nos lares, dialogando mais com a fundo com os genitores e filhos, para que tudo isso sirva de prova e embasamento da decisão. Alguns aspectos dificilmente podem ser aferidos em audiência, como a afetuosidade. Quando os pais de um infante nunca foram casados, ou residiram juntos, a criança tende a ter mais afeto e ligação com aquele que possui convivência diária, pois ele traz referência de lar para o menor.

E acertadamente, a lei não é rígida ao ponto de afirmar que o filho deve obrigatoriamente ficar sob a guarda de seus pais. Passou-se a incentivar a preservação da convivência da criança ou adolescente com seu “grupo familiar”, que compreende todos os membros que integram o que ele entende como sendo sua família, constituído de parentes ou não. Mais uma vez, a afetividade ganha espaço no conceito de arranjos familiares. O magistrado não deve se limitar os pais do infante, mas sim, quem atender de melhor maneira, através de sua conduta e possibilidades, a vivência digna, segura, e que mantenha o menor sempre em permanente contato com seus familiares paternos e maternos.

O jurista Paulo Lobô comenta que a experiência forense revela que, frequentemente, quem fica com a criança sob sua guarda, costuma desenvolver desprezo pelo outro genitor e a seus parentes, colocando empecilhos à visitação, praticando o que já fora mencionado no trabalho, alienação parental de todo o grupo familiar.

Com o objetivo, de reforçar as consequências do estabelecimento da guarda unilateral, faça-se menção à lição dada por Ana Maria Milano:

[...] na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores.

Na lição do ilustre jurista, fica clara o empobrecimento do exercício do poder familiar do genitor que não reside, e não detém a guarda do filho. Nesta espécie, o genitor não guardião, passa a gozar de alguns momentos na companhia do filho, que se dão comumente em finais de semanas alternados, porém, não é uma regra. Mas não se atém apenas a isso, o genitor não guardião poderá fiscalizar a educação, e cuidados do filho, tendo em vista que o Código Civil o autoriza “ O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”. A escola também tem obrigação de manter ambos os genitores informados acerca da frequência e notas do aluno, independente da modalidade de guarda concedida.

Ante o exposto, resta salientar que, esta espécie de guarda, tem tendência de cair cada vez mais em desuso, se tornando modalidade acessória, ou subsidiária, por força das questões psicossociais que cada vez mais são pregadas, tornando a guarda compartilhada referência, considerando que preenche melhor aos requisitos de inclusão e comunicabilidade entre os pais da criança e do adolescente. A atual orientação é de que a guarda compartilhada seja a solução mais eficaz, e já a guarda unilateral deve ser possibilidade apenas quando se revelar no melhor interesse do filho menor.

2.2. GUARDA ALTERNADA

Antes de estudar a já mencionada guarda compartilhada, pode-se apontar uma outra modalidade de guarda, a guarda alternada, já registrando que ambas costumam ser confundidas na prática, por possuírem nomes que sugerem sinônimo.

A Guarda Alternada não é prevista no Código Civil brasileiro, mas tem

uso na prática forense, ainda que receba críticas. Nela, os pais se alternam na guarda dos filhos, ficando cada um responsável pelo abrigo do filho em sua casa, em poções de tempo igualitária, e neste tempo cada um exerce com exclusividade a sua guarda, e neste ponto se diferencia claramente da guarda compartilhada. Veja como é tratada a temática pela Autora Maria Berenice Dias:

(...) guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.

O que mais aproxima a Guarda Alternada com a Compartilhada, é que até certo bom, há consenso entre os pais em alternar nos cuidados, na moradia, do filho, de modo que um acordo é traçado entre ambos, a fim de que seja evitada a alteridade, gozando os dois igualmente da companhia diária do filho. Este acordo e bom relacionamento entre os pais costuma inexistir na guarda unilateral, sendo um dos motivos para a concessão dela. A respeito do consenso existente entre os pais, na guarda alternada, doutrina Paulo Lôbo:

Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. Por exemplo, o filho reside com um dos pais durante o período escolar e com outro durante as férias, notadamente quando as residências forem em cidades diferentes. Alguns denominam essa modalidade de residências alternadas. "Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável". A doutrina especializada recomenda que sua utilização deva ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais, a corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho.

Ponto bastante criticado e tido como negativo nesta espécie de guarda, é a instabilidade e constante mudança que a criança ou adolescente se encontra. Por tantos dias sua casa é uma, por tantos dias sua casa é outra. E outra questão é a visitação durante a alternância da guarda. Acerca desta instabilidade causada por esta forma de divisão de guarda entre os pais, disciplina Fábio Ulhoa:

Além da guarda unilateral e da compartilhada previstas em lei, deve-se fazer menção também a *guarda alternada*, que corresponde a atribuição periódica da guarda a cada pai. Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o visita nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países.

A única regra que existe no momento da fixação da guarda, é o bem-estar e melhor interesse da criança ou adolescente. Por tanto, mesmo que a guarda unilateral restrinja o exercício do poder familiar de um dos genitores, e seja considerada a melhor saída para o bem do menor, ela deve ser deferida pelo magistrado, ou, no mesmo sentido, ainda que haja doutrina discordando da pactuação dos pais em exercerem a guarda alternada, ela irá se sobrepor às demais, se atender de melhor maneiras os interesses dos filhos.

Neste enfoque, o autor Silvio de Salva Venosa, defende que a guarda de um filho pode ser modificada a qualquer tempo. E mesmo que inicialmente, quando no fervor do recente rompimento do casamento, as decisões em consenso não sejam uma possibilidade, com o tempo tudo se acalma. E acalmados os ânimos, pode ser conversada com a situação da guarda, fixando assim, a guarda compartilhada.

O escritor continua ainda, condenando a modalidade de guarda alternada ao fracasso, vez que, para ele, essa modalidade leva mais em conta a necessidade dos pais de ratear o tempo com o filho de forma parentaria, do que observar a melhor condição para o filho.

Em que pese a defesa do doutrinador sobre o não rompimento de convivência do menor e seus pais na modalidade alternada, o posicionamento jurisprudencial tem tendência desfavorável, alegando instabilidade, mudanças constantes de rotina, hábitos, valores, e modos distintos dos pais de levarem sua criação, entendendo ser altamente prejudicial. Veja exemplo disto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. PEDIDO DE PREVALÊNCIA DA GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois implicam mudanças na rotina de vida e nos referenciais dos menores que podem acarretar transtornos de toda ordem. Caso concreto em que não se verifica razões plausíveis para que seja retomada a guarda alternada, tendo em vista que se trata de menor contando

08 (oito) anos de idade, não lhe convindo sucessivas modificações de rotina, sem referência do que seja seu espaço, sua casa. Modelo de guarda em que a constante alteração não permite ao menor continuidade no cotidiano para consolidar hábitos, valores padrões e formação da personalidade, sendo-lhe de todo prejudicial Decisão agravada que, ao designar a guarda provisória unilateralmente à genitora, estabeleceu regime de visitas suficientemente amplo e, portanto, apto a garantir o direito de convívio entre pai e filho. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70077944403, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 26/09/2018). TJ-RS - AI: 70077944403 RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 26/09/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/09/2018)

Ante as exposições, pontuados os prós e contras da modalidade alternada, mesmo no risco de possível instabilidade rotineira, a guarda alternada, não deixa de ser uma opção das partes e nem mesmo do magistrado, que na observância em atender o melhor interesse do menor, pode conceder a viabilidade desta na realidade fática de famílias que tenham como melhor solução no seu desmembramento ou na sua manutenção, a alternância e maior contato cotidiano como solução mais benéfica.

2.3. GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada, se destaque entre as demais, pois contempla mais mecanismos de participação e exercício do poder familiar dos pais, e ainda, possibilita de melhor maneira a interação dos filhos com ambos os genitores. O incentivo para essa modalidade se deu através da Lei n. 11.698/2008, e posteriormente ganhou mais destaque ainda com a Lei n. 13.058/2014, que promoveu alterações no instituto supra.

Neste íterim, o doutrinador Paulo Lôbo reconhece que a Lei n. 11.698/2008 provocou mudança significativa no modelo existente de guarda de menores, pois a modalidade estabelecida como regra era a unilateral e na maioria das vezes, fixada em favor da mãe, e os pais, apenas visitavam em fins de semana. Nas palavras de Lôbo “ A lei, com nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral. “ Aponta ainda, que o modelo compartilhado sofria resistência, pois após o divórcio, era difícil estabelecer contato frequente para decidir sobre questões que envolvem os filhos.

Há se de difundir o pensamento de que o casal precisa amadurecer e superar as questões que envolvem o relacionamento desfeito, e tentar proporcionar a melhor condição possível aos filhos, no que tange a continuidade do vínculo de filiação que perdura para com ambos os genitores. A lei simplesmente ignora este arripio dos pais, e propõe a obrigatoriedade da guarda compartilhada, impondo ao magistrado sua observância. Por tanto, esta modalidade não se condiciona à concordância dos pais.

A guarda compartilhada pode pleitear ao Juiz em qualquer tempo por ambos os pais, ou por um dos pais nas ações de divórcio, de guarda unicamente, ou na ação cautelar de separação de corpos. Durante o curso de uma dessas ações, mesmo que não tenha sido requerida por nenhuma das partes, a guarda na modalidade compartilhada, o magistrado pode decretar que seja esta a forma que se dará, considerando a fungibilidade das ações de família, e muito mais que isso, o melhor interesse da criança e do adolescente, que é o prisma de valoração na decisão. Veja o seguinte julgado, que exemplifica a fixação de guarda compartilhada sem que ela tivesse sido objetivada na ação pelas partes litigantes:

GUARDA COMPARTILHADA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NULIDADE. PRELIMINAR ULTRAPASSADA. REGIME DE VISITAS. INTERESSE DO MENOR. 1. O juiz detém autonomia para fixar regime de convivência entre o menor e o seu pai diverso daquele defendido pelas partes no processo de guarda compartilhada e regulamentação de visitas. 2. A guarda compartilhada e o regime de convivência devem ser fixados observando o melhor interesse da criança e objetivando fortalecer os seus vínculos familiares com ambas as famílias. 3. Recurso desprovido. (TJ-DF - APC: 20101010079098 DF 0007807-26.2010.8.07.0010, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 28/05/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/07/2014. Pág.: 147)

Ainda discorrendo acerca dos meios pelos quais a guarda compartilhada pode se dar, importante mencionar caso em que fora pleiteada guarda compartilhada. E em decisão, o STJ concedeu a guarda invocada para os parentes com quem a criança viveu por mais de doze anos, desde os primeiros meses de vida. No caso em tela, se tratavam de avó e tio, e houve necessidade de recurso, pois apesar de terem postulado em juízo realidade fática que perdurou por mais de uma década, o juízo de origem, TJSP, negou o

pedido, mesmo comprovado enorme vínculo e dependência de a criança possuía com ambos os requerentes. Na decisão, o tribunal estadual argumentou que a guarda compartilhada é possível, mas necessita que a família substituta imite a referência do casal (pai e mãe, marido e mulher), entendendo como inviável a partilha da guarda por uma avó e tio.

Tal fundamento não se sustenta. Há muito que o arranjo familiar não se padroniza entre homem e mulher, e ainda, a família não é reconhecida apenas como a tradicional, havendo famílias formadas por um pai e filhos, parentes com tios, primos, avós e etc., casais homoafetivos e assim por diante.

De mais a mais, voltando ao enfoque central, a missão da guarda compartilhada é tornar a convivência do filho com seus pais algo mais frequente e sem restrições, tornando o poder familiar como no modo exercido quando os pais estão casados, concomitante, sem diminuir o poder de decisão e exercício de um ou de outro. Desta maneira, evita-se que pais e filhos se vejam apenas em finais de semanas e datas comemorativas, substituindo o direito de visitação por convivência. Como o poder familiar é gozado por ambos, não à necessidade de guarda exclusiva, que priva os filhos de suas presenças cotidianas.

A tendência é que cada vez mais a guarda compartilhada seja o meio de resolução dos conflitos judiciais que envolvam guarda, abandonando àquela que era considerada regra geral, a guarda unilateral. Faça-se uso das palavras do doutrinador César Fiuza:

“(...) Cabe ressaltar ainda que, segundo o parágrafo primeiro do artigo 1.583 do Código Civil, a responsabilidade dos pais pelos filhos será conjunta na guarda “compartilhada”, seja ela conjunta, alternada ou uniparental. A se entender literalmente o dispositivo, isso equivale a dizer que, causando o filho um dano a terceiro, este deverá acionar ambos os genitores em conjunto. Não se trata, pois, de responsabilidade solidária, e nem subsidiária; é conjunta mesmo. Na guarda unilateral pura, só o genitor que a detém é responsável pelos danos causados pelo filho menor, a não ser que o *eventus damnit* tenha ocorrido, estando o menor na companhia do outro genitor...” (FIUZA, 2012, p.1088.).

A guarda compartilhada ganha força na medida que ambos os pais se “beneficiam”, sendo esta modalidade mais fácil de chegarem em consenso, vez que ambos continuam exercendo igualmente o poder familiar. E seus benefícios se estendem muito além dos interesses dos pais. Os filhos são beneficiados, pois ficam obrigados os dois genitores a proteger seus interesses

e necessidades, pois ambos serão protagonistas no exercício pleno do poder familiar. No seguinte subtítulo será discutido a modalidade em tela e a nova abordagens e mudanças com a lei de 2014, nº 13.058.

2.4. A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI 13.058/14

O Código Civil sofreu duas alterações em sua disposição original acerca da guarda dos filhos menores, uma em 2008, pela lei 11.698/08 e a mais recente, em 2014, pela lei nº 13.058, que modificou as questões atinentes a guarda compartilhada especialmente. Nela restou estabelecida a espécie Compartilhada como regra geral, não só pela doutrina, mas agora, pela legislação civil, tornando-se este o principal modelo de guarda na atualidade. Essa conquistou devidamente a sua ocupação de destaque, no que consta guarda dos filhos menores, houve as seguintes alterações do artigo 1.634 do Código Civil, com a alteração feita pela Lei 13.058 de 2014:

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.”(BRASIL, 2002).

Vale ressaltar ainda, as demais alterações feitas pela lei 13.058/14, no Código Civil, no que se refere à guarda compartilhada:

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

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

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

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

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, 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 à divisão equilibrada do 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 a 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) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (BRASIL, 2002).

Art. 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 guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

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

Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

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

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.”(BRASIL, 2002).

Ante o exposto, é proveitoso expor as diferenças entre a guarda compartilhada e alternada, que causam confusão na sociedade. Pois bem:

Primeiro deve-se entender o que é guarda jurídica e guarda material. A “Guarda Jurídica” compreende a autoridade parental dos pais sobre seus filhos,

o poder na tomada de decisões sobre a vida, escola, comportamento, tudo que envolva a vida deles. Já a “Guarda Material” é a que pode ser atribuída à um genitor e outro não, significa a posse, fixação de domicílio, a vigilância do filho.

Fixada esta premissa, na Guarda Compartilhada, há compartilhamento da “Guarda Jurídica” e da “Guarda Material”, considerando que ambos os pais tomam as decisões acerca da vida do filho, podem lhe exigir obediência e exercer seu poder familiar de igual forma. E ainda, a posse e convivência do filho com os pais, nos termos da lei, deve ser equilibrada, sem que isso signifique que o filho residirá em duas residências.

Por seu turno, na Guarda Alternada, há um revezamento entre os genitores alternada há uma alternância entre os genitores no exercício exclusivo tanto da “Guarda Jurídica”, quanto da “Guarda Material”, de modo que, nos dias em que a criança reside com um dos pais, ela fica sob a responsabilidade dele, que toma as decisões e cuida dos interesses do menor sozinho. Nesta modalidade, a divisão da companhia do filho costuma ser idêntica, por exemplo: 15 dias do mês com um, e os 15 dias seguinte com o outro. Esta espécie de guarda é criticada pois rompe a autoridade jurídica de um dos pais por um certo tempo, privando a criança da guarda de ambos ao mesmo tempo. Por isso, tal modelo não é dado como compatível com o direito brasileiro, por força do art. 1.634 do Código Civil.

3. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Após exposto o ramo do direito que o trabalho trata, bem como a origem do conflito de guarda de filhos, bem como as modalidades existentes, o presente capítulo trata do enfoque central, a utilização da mediação ou conciliação para resolução destes conflitos. E para tanto, inicialmente, conceitua-se os seguintes institutos da seguinte maneira.

A Mediação é instrumento de solução de conflitos de forma harmônica e consensual, onde um terceiro, imparcial, neutro, facilita a conversação entre os litigantes, de modo que de forma autônoma, seja tratada a melhor solução para o problema em questão, pautados na solidariedade e bom senso. Em regra, a mediação é meio de solução de debates multidimensionais ou mais complexos. As sessões de mediação podem ser únicas, repetidas, ou fragmentadas, se revelando na melhor forma que possibilite às partes refletirem e chegarem ao fechamento das tratativas.

Por oportuno, a Conciliação é um método utilizado para busca de resolução de questões de menor potencial, mais simples, no também um terceiro facilitador, com uma postura mais ativa, intermediará a resolução do conflito, mantendo a condição de imparcialidade. O procedimento conciliatório é mais breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Os dois mecanismos são orientados por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Já os mediadores e conciliadores operam segundo os princípios fundamentais, regidos pela Resolução n. 125/2010, do CNJ: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Frisando a diferença entre as duas técnicas que são parecidas e com denominações sinônimas, consigne-se que na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). Já na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções (art. 165, § 3º).

A outra diferenciação está pautada no tipo de conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação; para conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação. Muitas vezes, somente durante o procedimento, é identificado o meio mais adequado.

3.1. PRESENÇA DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Frase muito acertada é: o advogado é indispensável para administração da justiça. E na sessão de mediação, não deixa de ser dispensada a presença destes. Ainda que não haja espaço para debates legais, sendo as partes os protagonistas da conversa, o instituto conciliatório possibilita que o assessor se ciente durante as tratativas de acordo, orientando acerca de parâmetros legais, viabilidade, alertando acerca do posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca daquela temática, alertando sobre os efeitos jurídicos da pactuação.

Nestas oportunidades, os advogados atuam muito além de elaborações defensivas ou acusação, mas assessoram seus clientes no sentido de aproximarem-no de uma solução que seja positiva para ambas as partes, garantindo a satisfação mútua, garantindo ganhos e minimizando perdas – relacionais, de custo e de tempo.

A mediação tem conquistado seu espaço como instrumento eficaz para solução de conflitos através da abordagem transformativa, propondo o empoderamento dos envolvidos, encorajando-os a protagonizar a solução do conflito através da cultura de diálogo e responsabilidade.

Com o advento da Lei de Mediação (lei 13.140/2015) e do novo CPC (lei 13.105/15) que incentiva o método, a mediação ganhou destaque e desde então, muito se fala das características do método, sendo possível destacar inúmeros benefícios aos envolvidos, que vão da celeridade à transformação das relações.

Esses benefícios, no entanto, pressupõem que as pessoas participem da mediação de forma consciente, mesmo porque, a mediação é uma maneira de solucionar o conflito com segurança jurídica plena.

E nesse intento, participação consciente significa empoderamento na acepção plena do termo, promovendo a autonomia dos mediados para que protagonizem a resolução do conflito.

O CPC estabelece que em audiência de mediação as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores.

E esta previsão vem sendo estritamente observada, pois prestar orientações jurídicas sobre o tema durante a sessão de mediação é papel exclusivo do advogado, já que mediadores não podem fazer quaisquer esclarecimentos legais durante a sessão, ainda que tenham conhecimento jurídico e formação em direito.

Por isso, a função do advogado na mediação é estimulada pelos próprios mediadores, especialmente na fase final do procedimento, que é a construção do consenso, que poderá ser reduzida a termo com a possibilidade de homologação judicial.

Vale dizer ainda que o preparo do advogado para uma sessão de mediação, será tão relevante quanto o preparo para uma audiência judicial, apenas como uma atuação diferente. Na sessão de mediação o advogado adotará uma postura colaborativa e não combativa, principalmente porque, a escolha do método foi uma opção consciente e estratégica do caminho a seguir.

Como vemos, muito embora o sistema tenha como fim empoderar as partes para que possam protagonizar o conflito e promover sua solução do tema, a presença do advogado, figura indispensável para a administração da justiça, continua sendo de fundamental importância. Desse modo a mediação veio para se agregar à atuação da advocacia moderna como uma ferramenta enriquecedora dos serviços oferecidos pelos advogados. E sabendo que o verdadeiro intento da mediação é oferecer uma opção, é preciso que os advogados acreditem nessa alternativa e utilizem-na como ferramenta para um trabalho diferenciado de excelência, incentivando cada vez mais seus clientes a participarem dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Deste modo, os advogados não deixam de seguir sua missão ao lutar pelos direitos do cliente, promovendo a conciliação, atendem ao preceito do Código de Ética da Advocacia, e, ainda, transmitem ao cliente o sentimento de sucesso na demanda, vez que no acordo, de forma espontânea o indivíduo pactua uma solução amigável, goza de satisfação ainda que parcial no resultado e poupa tempo de tramitação que pode se arrastar por longos anos.

3.2. A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação é completamente cabível no contexto familiar, tendo como objetivo promover a reconciliação dos entre entes queridos, ou uma melhora significativa dos conflitos entre as partes, com um convívio harmonioso, presando pela conservação dos vínculos afetivos, vez que a parentalidade é perpetua, e a instituição familiar é base da sociedade brasileira. Ou seja, por meio desta, postula-se a preservação da relação social.

Este método de resolução de conflitos não substitui as vias judiciais, mas uma medida à parte, e sentindo a condição de se submeterem ao procedimento, as partes podem requerer a qualquer tempo, não sendo possível apenas em casos de direito indisponível, por tanto, cabível em quase todos os conflitos familiares, pois é através do diálogo que se estimula as pessoas a resolverem seus problemas, fazendo com que cada um conheça seus direitos e deveres. Este mecanismo visa a paz social, a harmonia familiar, e traz um novo caminho para a solução dos conflitos familiares.

3.3. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS NO EMPREGO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

Como em tudo que existe, a mediação tem seus pontos positivos e negativos, e nem sempre é visto com bons olhos pelos integrantes de uma lide, seja pela falta de legislação, pelo não conhecimento das técnicas, enfim por inúmeros motivos.

Iniciando-se a mencionar os pontos positivos da mediação no seio familiar, possui destaque que este método tem sido visado como meio de desafogar o Judiciário, revelando-se eficiente e de resultados imediatos, com baixo investimento para execução, e que principalmente auxilia na conservação do bem-estar no seio das famílias, conscientizando também para possíveis desentendimentos que possam ocorrer no futuro.

A fim de promover a efetiva utilização desta medida, muitas campanhas e datas foram estabelecidas pelo CNJ para cumprimento de mutirões de mediação, denominadas de Semana Nacional da Conciliação, Projeto Pacificar, entre outros, merecendo evidência a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça que de forma muito incisiva trata da Política Judiciária Nacional que deve se direcionar e adequar no sentido de promover cada vez mais a resolução amigável dos conflitos, estimulando na conscientização para uma sociedade mais pacífica.

Os métodos que fogem do Poder Judiciário são tendência no mundo inteiro e tem sido incentivada, não só em face dos problemas já judicializados, mas como um meio de evolui a sociedades rumo a um legado a ser passado, educando-a para resolver seus conflitos espontaneamente, sendo os próprios envolvidos os protagonistas da solução dos conflitos, com base no diálogo e civilidade.

Como vantagens, destacam-se de acordo com Tartuce (2008, p. 201-202):

As vantagens da adoção de tais mecanismos são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria diversas oportunidades de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal, tendo em vista a redução do número de processos em curso. Além disso, tais técnicas, se administradas de maneira eficiente, podem ensejar o estabelecimento de uma relação saudável entre os indivíduos, compondo aquela controvérsia já instalada e prevenindo a verificação de outras demandas.

A instrumentalidade da mediação é muito menos complexa em comparação

À resolução judicial da questão, em outras palavras, menos criteriosos, se adequa as necessidades e condições das partes interessadas, tratando-se de meio pelo qual as partes na sua autonomia dispõem e tratam da melhor forma

que a solução se dará, o que não ocorre com a sentença judicial, que muitas vezes pode ter desfecho que não traduza uma satisfação dúplice. Senso assim, a “decisão” do problema não será dada por um terceiro, e sim construída conjuntamente.

Outro ponto a favor da resolução amigável é a rapidez. Neste diapasão, Roberto Portugal Bacellar pontua que litígios mais complexos são solucionados com mais celeridade do que quando submetidos ao Judiciário. Ainda Bacellar argumenta que a solução amigável desafoga o Poder Judiciário que já está com acúmulo de processos, evitando o recebimento de novas. Defendendo também a solução arbitral nesta direção.

Neste seguimento de pontos positivos, há a ausência de custas processuais, demora nos tramites, cumprimento de formalidades processuais, que são dificuldades enfrentadas nas demandas judiciais que devem seguir as normas procedimentais. Fora isso, há questão que envolva o emocional das partes.

Veronica Cezar-Ferreira, e sua obra literária que trata sobre as questões psicológicas das partes num processo, aponta que, com a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, há menor desgaste emocional, inquietude com o resultado, ansiedade pela resposta do Estado acerca daquela questão.

Levando esta questão para o ramo da família, e mais incisivamente para a questão que envolvem pais e filhos, é comum que aqueles tomem as decisões acerca da vida destes, estabelecendo postura, conduta que consideram aceitável, impõe regras e tudo que envolve a vida dos filhos. E na medição, mesmo separados, ou de polos diferentes, os pais conseguem manter esse maior poder de deliberação, sem que haja uma imposição de um juízo, impondo como serão gozados o convívio, guarda, visita, comemoração. Privando-os de deliberar de forma mais criativa e atendendo aos costumes daquele núcleo familiar.

Insta consignar ainda acerca da objetividade das decisões magistras, que pesam muito pouco ou quase nada as questões emocionais que os litígios de família. Uma sentença não trata o emocional, e isso não impede que transtornos ocorram, e que haja desfazimento de elos afetivos e rivalidade entre parentes. As demandas de Vara de Família envolvem muito mais de divisão de bens, guarda de filhos, mas toda a história por trás. Uma traição que

irradia na vontade de proibir o pai de ver os filhos, por exemplo. E essas emoções que tornam agressivas as demandas, tornando-a mais árduas. A busca pelo intermédio de decisão de um magistrado, tem resolução mais fria, objetiva, sem que seja tomado partido, apenas observando a literalidade da lei, e no caso da guarda, obedecidos preceitos com o melhor interesse da criança ou adolescente. Já na medida alternativa, busca de mediação, as próprias partes é que entram em acordo acerca da melhor saída, podem então, abordar todo o sentimental envolvido, resolvendo suas desavenças concomitante ao problema judicializado.

Sem exaurir todos os pontos positivos, passemos a tratar do que os doutrinadores apontam como efeitos desfavoráveis da mediação/conciliação. De início, destaque-se a retirada do sentido de justiça das mãos do Estado, que é considerado o resolvidor de conflitos da sociedade, e também, não se pode olvidar que há rigidez por parte dos advogados na aplicação dos meios e técnica da mediação.

O professor Flávio Tartuce defende que são três os principais pontos negativos da aplicação das técnicas de mediação /conciliação, quais sejam: i) o desvio da privada condição do Estado em resolver os conflitos e demandas da sociedade. Para Tartuce, o domínio de meios alternativos pode enfraquecer uma das funções típicas do Estado (judiciário) que é a administração da justiça; ii) a falta de controle e confiabilidade dos procedimentos e das decisões (em procedimentos sem transparência e lisura); iii) exclusão de certos cidadãos e sua relegação ao contexto de uma “justiça de segunda classe”; a frustração do jurisdicionado e enfraquecimentos do direito e das leis.

Ainda neste interim, Bolzan e Spengler listam a resistência que os operadores do direito e o judiciário tem com os meios de solução alternativos, por se tratar de mecanismo consideravelmente novo, possuindo técnica não regulamentada em alguns países. Um ponto que causa estranheza é o tom de justiça privada que esses meios possuem. Para os aplicadores do direito, possui essa inclinação pois o magistrado é substituído pelo mediador, e as possibilidades são muito largos, e a escolha por esse mecanismo está à critério das partes.

Fazendo um adendo, justiça privada é meio alternativo de solução de conflitos muito utilizada por indivíduos (pessoas jurídicas ou físicas) de grande poder aquisitivo optam para resolver lides que envolvam patrimônio voluptuoso.

Voltando aos pontos contra, relata-se a não aceitação social da mediação como meio de solução, o que não às expectativas de dispensabilidade legal para solução de demandas. Porém, a resistência não se resume apenas pela inexistência de técnica e tanta formalidade como a tramitação comum frente ao juiz, mas por ideologia, não se dá tanta credibilidade à mediação no sentido de que ela possa conviver harmoniosamente com o direito, por possuírem que se chocam.

Para Spengler o medo que surge em volta do meio alternativo (mediação e conciliação) é a perda de caráter decisório, força de decisão, exigibilidade, seriedade e definitividade nas soluções.

Acerca deste embate, Tartuce muito bem salienta que, com a instituição destes métodos em tela não se pretende enfraquecer ou inutilizar as vias judiciais, mas sim, criar mais mecanismo viáveis a solução dos conflitos, integrando ambas, diminuindo o número de ações em curso, e criando possibilidades de solução para os mais diversos tipos de litígios.

3.4. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE GUARDA COMPARTILHADA

De fato, através da Mediação Familiar que se é possível estabelecer uma guarda compartilhada que consiga atingir os interesses dos filhos. A legislação atual é muito competente nesse sentido. Porém, nos casos complexos, onde a disputa envolve hostilidade os conflitos são mais perceptíveis, é preciso uma intervenção imparcial mais rigorosa, atuante e precisa, ajudando a promover um novo tipo de modalidade de guarda compartilhada: a guarda compartilhada dos filhos através do processo de mediação de conflitos familiares.

A mediação é uma forma de diminuir esses problemas. Sendo feita por um mediador, cuja finalidade é ajudar na solução desses conflitos familiares e fazer com que esses conflitos sejam reduzidos e até eliminados em uma

guarda unilateral ou compartilhada contribuindo para a paz e o crescimento dos filhos. O objetivo principal da mediação familiar são os filhos, onde em muitos casos essa forma de resolução de conflitos é a única forma de se promover um convívio nos locais onde os filhos serão criados. Conforme Silva (2016, p. 93):

A mediação familiar deve observar e compreender os paradoxos que caracterizam os seres humanos, bem como a origem do sofrimento. O Mediador deve entender a estrutura e a dinâmica do contexto familiar e os papéis (reais e simbólicos) que cada membro ocupa nesse contexto, sobretudo a criança. Assim, deve-se observar que a criança não é a projeção dos pais, mas sim um interlocutor que pressiona no sentido de impulsionar os membros da família a se desenvolverem.

A mediação familiar é um método que também impõe praticidade, além de ser uma ótima alternativa de resolver os conflitos fora dos tribunais. Ajudando a fornecer novos meios para se chegar a um consenso de forma pacífica, portanto, menos onerosa do que se fossem seguir os caminhos da justiça tradicional. Essas situações contribuem e favorecem as partes conflitantes. De forma direta ou indireta todas as partes acabam ganhando de alguma forma com a adoção da mediação.

Em conflitos familiares (guarda e visitação dos filhos), a mediação familiar se apresenta como um instrumento amplamente favorável para as partes e para o Judiciário, uma vez que as próprias partes chegaram à resolução pacífica de seus conflitos sem a necessidade de embate judicial que demora vários anos para serem resolvidos, contribuindo de forma eficaz para o exercício da guarda compartilhada.

Entretanto, não há como adotar a mediação se as partes conflitantes não a aceitarem, e principalmente, participarem do processo ativamente, em especial os pais separados ou divorciados. Enfim, os conflitos só podem ser resolvidos se houver um comprometimento das partes envolvidas. A prática da mediação familiar envolve três atores: os pais, os filhos e os mediadores, o que caracteriza que o mediador é uma terceira pessoa do processo, elemento externo da família, mas extremamente importante no contexto, uma vez que o mediador é quem conduz as situações do conflito familiar.

Por questões éticas, o mediador não propõe a solução dos conflitos, mas incentiva a família a chegar a um acordo em comum. Enfim, são as próprias partes que elaboram suas próprias soluções, as quais o mediador aprecia para emitir sugestões. Assim, entende-se que o mediador tem o papel revestido de neutralidade e imparcialidade. Evidencia Silva (2016, p. 64):

O mediador não é um juiz, que decide, não é um advogado, que orienta, e não é um terapeuta, que trata. Ele promove a aproximação das partes, trabalha em favor da flexibilidade e da criatividade dos mediandos e facilita o diálogo com forma de realização do acordo.

3.4.1. A Guarda Compartilhada em Casos de Consenso

A primeira versão do art. 1583 do Código Civil de 2002 previa que o pai e mãe possuíam liberdade de estabelecer a maneira que seria exercida a guarda, visitação, e divisão de cuidados e responsabilidade para com seus filhos, na forma que lhes fosse mais pertinente. E posto no papel, esse acordo era levado a Juízo para apreciação do Ministério Público, e por vim, se preenchidos os requisitos mínimos legais e fosse não maléfico ao menor, era homologado pelo magistrado.

Em seguida, sofridas alterações, o texto do art. 1.584, inciso I, do Código Civil, passou a disciplinar a tratativa consensual acerca da guarda de filhos pelos pais. Ela assegura que podem os pais optarem pela guarda unilateral ou compartilhada.

Nota-se que é parecida a contextualidade dos artigos, possibilitando a tratativa dos pais acerca do destino de fixação de moradia e outras questões, privando apenas as modalidades de guarda que se pode acordar.

Partindo da premissa que o compromisso igualitário dos pais para com seus filhos vá muito além da relação conjugal daqueles, é comum que após o divórcio, haja distanciamento, e afetação do relacionamento do genitor que não detém a guarda e seus rebentos, bem como haja dificuldade de contato entre os pais para decisório acerca da vida dos menores. No intuito de evitar este infortúnio, o Código Civil, O Conselho Nacional de Justiça e a Jurisprudência principalmente, tem afirmado a guarda compartilhada como regra e prioridade,

de modo a manter a responsabilidade parental após o desfazimento dos relacionamentos dos genitores, que é tarefa importante e significativa tanto para os pais quanto para os filhos.

Ante o exposto, o estabelecimento de Guarda Compartilhada pode ser feito quando os genitores desde o início de tramitação de ação já possuem consenso acerca desta modalidade, querendo em juízo a homologação do acordado. Em seguida então, será abordado o alcance desta modalidade quando não há acordo inicial entre os pais.

3.4.2. O Instituto da Mediação para fixação de Guarda Compartilhada

Em um núcleo familiar, é corriqueiro que haja diferença de pensamento entre os responsáveis pela criação dos filhos, havendo constante debate entre o que será definido. E em caso de divórcio, ou gravidez fora de um relacionamento, é necessário possuir mais tato e redefinir toda a rotina, considerando que agora dois adultos de domicílios distintos, situação e rotinas diferentes passam a dividir os rumos da vida deste menor. E é importante redefinir também como as tratativas se darão a fim de se enquadrar na nova realidade. Neste diapasão Leila Maria Torraca de Brito dá a seguinte lição:

Se durante a vigência da união conjugal os filhos representam cuidados e responsabilidades que devem ser compartilhados, após a separação o que se reconfigura é o estado referente à conjugalidade, e não à parentalidade. (...). Se, ao longo da união conjugal, uma das dificuldades consiste em como conciliar o vínculo conjugal respeitando as individualidades, após a separação a dificuldade passa a ser a de conciliar o vínculo parental respeitando as individualidades do pai e da mãe.

É sabido que após a separação os ânimos se afloram, e seja dificultosa a redefinição amigável das questões que envolvam os filhos, apresentando sentimentos de tensão e raiva, no entanto, deve-se contorná-los com o sentimento de que a resolução amigável evita maiores desgastes além dos possíveis já suportados pelo próprio desfazimento do lar conjugal, bem como, evitar abalo emocional dos filhos, que presencial e absorvem as brigas dos genitores.

Conforme aduz Waldyr Grisard Filho:

O mais importante, ao estabelecer como preferencial a guarda compartilhada, a nova lei rompe com a cultura adversarial pela posse dos filhos, eliminando a possibilidade de existir "ganhadores" e "perdedores", logrando proclamar um só vencedor, o filho.

Nas palavras de Waldyr, deve-se apregoar que os pais não devem lutar por uma guarda unilateral, mas sim, pelo bem-estar de seus filhos. Registra ainda que os filhos ao perceberem o litígio em volta disto, tentem a se sentirem culpados das brigas, desenvolvendo traumas e sintomas de desconforto e dificuldade emocional.

Neste ínterim, a propositura da guarda compartilhada para as situações de dissenso traz à tona o enfoque deste trabalho que é a utilização da Mediação como forma de viabilizar o estabelecimento da modalidade de Guarda em voga.

Sem que haja possibilidade algumas de acordo para fixação da Guarda compartilhada que é a regra geral, o Juiz poderá determina-la mesmo que os pais ou terceiros que os substitua não a deseje. O artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, estabelece que 'quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada'. Neste diapasão, tem liberdade o magistrado de apreciar as singularidades do conflito que acomete cada família, possibilitando, assim, uma prestação jurisdicional adequada a cada caso, fixando a Guarda que corresponder o melhor interesse da criança ou adolescente.

Por intermédio da mediação, pode-se, através de terceiro imparcial, apresentar-se a importância da Guarda Compartilhada e o bônus da solução amigável dos litígios familiares, viabilizando-se assim, que pais e filhos tenham saldo positivo na qualidade de vivência e não carreguem no cotidiano o peso da discórdia e desgaste emocional que os desentendimentos e prolongamento de demanda judicial por longos anos pode causar. Veja que Karen Salles expõe acerca deste assunto:

No direito alienígena, a contribuição da mediação foi de extrema importância para a crescente implementação da guarda conjunta. A mediação é muito utilizada para solucionar conflitos na seara familiar, uma vez que possibilita o aporte de meios para uma maior comunicação e o encontro de soluções mais exequíveis. (...). Tal sistema é extremamente vantajoso para a prole, já que atende e garante o princípio do interesse maior da criança, pois a participação

comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que normalmente acompanham a ruptura do casal, favorecendo a criança, na medida em que ambos os genitores continuam envolvidos com o destino da sua prole.

O caráter da Mediação e suas finalidades possibilitam que situação como o dissenso na guarda compartilhada seja objeto de discussão entre os pais, e muito mais que isso, tratando se situação que há relação anterior e que perdurará eternamente, vez que possuem laços de genitoria em comum, há necessidade maior ainda de restaurar a relação social destes, oportunizando melhora no diálogo, direcionando a reflexão ao futuro das partes envolvidas. E este conjunto de benesses faz com que a mediação não seja estrita, sendo considerado como instrumento multidisciplinar, e por derradeiro, uma excelente saída para resolver casos de dissenso na guarda compartilhada.

Nas palavras de Paulo Lôbo:

O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa, os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercerão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição.

Ante toda a discussão, deve-se por em pauta que, a mediação é excelente mecanismo para definição de responsabilidades em relação a filhos menores. Dado o momento da história em que há tanto avanço social, legislativo, não é aceitável que um dos pais deva ser privado do convívio regular de seu filho e seu filho privado de seu pai, passando a ter contato quinzenal, se comportando como mero fornecedor de pensão alimentícia, deixando de ser figura constante no cotidiano da sua prole.

A ausência de convivência familiar fere garantia constitucional inserta no art. 227, da CFRB:

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.

Voltando ao tema da aplicação da mediação na resolução do conflito de guarda, veja o que dispõe o Enunciado no. 335 da IV Jornada de Direito Civil: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.”

Infere-se que, a mediação é meio sólido capaz de viabilizar a fixação de Guarda compartilhada em casos de dissenso, evitando o peso que seja imposta por decisão judicial.

3.5. DADOS ACERCA DO SUCESSO DA MEDIAÇÃO

Com a finalidade de expor o sucesso do instrumento conciliatório nas Varas de Família, no Sítio do TJES, é apontado os dados de que a data fixada para realizada a 7ª Ação de Mediação de Família do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) obteve sucesso na conclusão de 84,2% (oitenta e quatro virgula dois por cento) de acordo nos processos postos em sessão de mediação do dia 05/03 a 09/03 de 2018, com a participação de 50 mediadores em formação da Comarca da Capital.

Neste interim, o Tribunal do Espírito Santo forneceu relatório que indica que no ano de 2018 mais de 10 mil pessoas foram atendidas pelo CEJUSC do Estado. Em Primeiro Grau, foram feitas 3.585 sessões de conciliação e mediação, que concluíram no fechamento de 77% (setenta e sete por cento) de acordos. Os assuntos relacionavam assuntos diversos, do âmbito familiar, administrativo estadual e municipal e outros.

Em seguida, no ano de 2019, aconteceu semana de mediação nos dias 22/04 a 26/04, na Comarca da Serra, e nela, foram submetidas 144 pessoas. A pauta concentrou demandas de foro familiar, e nela, foram alcançados 97% (noventa e sete por cento) de acordos nos processos analisados.

Revelando sucesso nas mediações do Estado, outro mutirão de mediação familiar que foi realizada pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Cariacica alcançou 80% de acordos no período de 27 a 29 de agosto de 2019.

Os dados revelam que não apenas bem-intencionada, a mediação surge efeitos em mais de 70% (setenta por cento) dos casos. Número animador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho expos a importância dos meios de solução amigável dos litígios, que tem como finalidade a manutenção da paz social, a educação dos civis a se inclinarem na abertura ao diálogo e na harmonia uns com os outros.

Na presente tese, antes de adentrar no enfoque principal, tratou dos diversos arranjos familiares, e expos os meios pelas quais a guarda dos menores pode se dar, após um divórcio, ou um nascimento em situação de que seus pais não sejam casados, por exemplo. Expondo a modalidade de Guarda: Compartilhada, Unilateral e Alternada.

No que tange as modalidades mencionadas, restou consignada a preferência atual do código civilista na aplicação da Guarda Compartilhada como regra, pois assegura de forma mais ampla a proteção e interesses dos filhos, vez que a convivência é mais regular e proporcional, e ambos os responsáveis gozam simultaneamente da guarda material e jurídica.

Vencida a explanação acerca da guarda, o discurso se direcionou aos meios alternativos de solução de conflitos, que apesar dos prós e contras apontados pela doutrina, e vivenciados na prática, possuem como pontos positivos a celeridade, a pacificação, a satisfação mútua dos interessados, menor proceduralismo, privação de pagamento de custas processuais, e o mais importante, a manutenção da harmonia familiar. A continuação dos vínculos afetivos, e erradicação de perpetuação de desgostos e intrigas que podem enraizar problemas como alienação parental.

Levada finalmente a questão ao âmbito da mediação como meio de solucionar questões de guarda e principalmente a fixação de guarda compartilhada, verificou-se que com a incorporação do diálogo e opção do próprio indivíduo diante de uma questão, os torna mais responsáveis e empenhados na mudança de postura, dá o que influi em toda a sociedade civil.

A possibilidade e fazer com que seja adotada o atual modelo de guarda, através da realização de sessão de Mediação é muito positiva, vez que evita imposição magistral, e ainda, realmente nutre os pensamentos os genitores envolvidos, que passam a entender os benefícios que os alcançam e os seus filhos. Pois tal modalidade possibilita que mesmo após um divórcio, Crianças e

Adolescentes sejam realmente criados e possuam convivência digna com pai e mãe, que conjuntamente participam de todas as escolhas e etapas da vida, aplicando mesmo esforço para cria-los.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Congresso Nacional. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/legislacao>>. Acesso em 14 jun. 2008.

BRASIL. **Congresso Nacional. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (DOU de 27/08/2010).** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/legislacao>>. Acesso em 27 ago. 2010.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

BRASIL. **RESOLUÇÃO Nº 125, 29 de novembro de 2010.** Disponível em: > https://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112_010_11032016162839.pdf> Acesso em 08 de março de 2016.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CESAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação - Uma visão psicojurídica.** Editora Método, São Paulo, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** 5ª ed. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice: **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, e GUERRA, Leandro dos Santos. **Função Social da Família, in Função Social no Direito Civil**, Editora Atlas, São Paulo, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7ª ed. Revisada e atualizada. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010;

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

KASLOW, Florence W. & SCHWARTZ, Lita Linzer. **As Dinâmicas do Divórcio – uma perspectiva de ciclo vital**. Editora Psy, São Paulo, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**, Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

LÔBO, Paulo: **Direito civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo. Ed. Saraiva, 2011, 2ª tiragem 2012. P. 42.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Compartilhando a Guarda no Consenso e no Litígio**, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador), *Família e Dignidade Humana*, Belo Horizonte, 2006.

PAUTA CONCENTRADA DE MEDIAÇÃO DE PROCESSOS DE FAMÍLIA ALCANÇOU 97% DE ACORDOS NO CEJUSC DA SERRA. Sítio do TJES. Disponível em ><http://www.tjes.jus.br/pauta-concentrada-de-mediacao-de-processos-de-familia-alcancou-97-de-acordos-no-cejusc-da-serra/> < Acessado em 26 de abril de 2019.

PAUTA CONCENTRADA DE MEDIAÇÃO DE PROCESSOS DE FAMÍLIA ALCANÇOU 80% DE ACORDOS NO CEJUSC DE CARIACICA. Sítio do TJES. Disponível em ><http://www.tjes.jus.br/pauta-concentrada-de-mediacao->

de-processos-de-familia-alcancou-80-de-acordos-no-cejusc-de-cariacica/<Acessado em 16 de agosto de 2019.

TARTUCE, Flávio; Simão, José Fernando: **direito civil, v. 5: direto de família**. 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo. Ed. Método, 2013. P. 6;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL- Autos de nº 0007807-26.2010.8.07.0010, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 28/05/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE em 18/07/2014. Disponível em > <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128110349/apelacao-civel-apc-20101010079098-df-0007807-2620108070010/inteiro-teor-128110387><;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL- AI Nº 70077944403, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/09/2018). Data de Publicado no DJE em 28/09/2018. Disponível em > <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631603927/agravo-de-instrumento-ai-70077944403-rs?ref=juris-tabs><.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª edição São Paulo: Atlas 22008.