

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E
DAS MISSÕES – CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

ALINE JOSIELE SCHULTZ

**MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO
NOS CONFLITOS DE GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

ERECHIM/RS

2015

ALINE JOSIELE SCHULTZ

**MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO
NOS CONFLITOS DE GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

**Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado ao Curso de Direito,
Departamento de Ciências Sociais e
Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das Missões –
Campus de Erechim como requisito para a
obtenção do título de Bacharela em Direito.**

**Orientadora Prof^ª. Dra Giana Lisa Zanardo
Sartori**

ERECHIM/RS

2015

Dedico a minha família

Às pessoas mais importantes e que sempre estiveram ao meu lado nas horas mais difíceis em que muitas vezes pensei em desistir por diversos motivos, mas, vocês sempre me apoiaram, mostrando que a vida por mais caminhos espinhosos que tenha no final ela sempre nos traz uma bela rosa e que acima de tudo precisamos ter fé em Deus e que de tudo do qual necessitamos e desejamos se for da vontade Dele vai se realizar!

Obrigada!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e acima de tudo agradeço a Deus, pois sei que em todos os momentos que me senti sem coragem Ele sempre esteve ao meu lado, onde em minhas orações Ele me ouvia e em minhas canções Ele estava junto de mim.

Agradeço a minha família por acreditarem em mim, me apoiarem e quando precisei de ajuda sempre estiveram comigo.

Agradeço a todas as pessoas que durante este tempo de faculdade entraram em minha vida, sempre somando mais e mais, alegrando ainda mais cada momento, apoiando, ajudando entre muitas outras contribuições que poderia aqui elencar.

A minha orientadora Professora Giana Lisa Zanardo Sartori, primeiramente por ter aceito o convite de orientar-me nesta longa jornada de estudos, agradeço pelo empenho e dedicação e pelas horas de conversas mais que agradáveis após as reuniões.

Agradeço aos meus colegas de aula que sempre estiveram ao meu lado, aos meus amigos e também a todos que de alguma forma se preocuparam comigo e com as minhas escolhas nesta caminhada.

*“Salvador bondoso, atende nossa humilde petição,
Que ao dever de pais de prende;
Ouve-nos por compaixão.
Só cumprimos em fraqueza nosso paternal dever.
Vem, concede-nos firmeza, e bons pais nos faze ser”.*

Sarah Poulton Kalley

RESUMO

O poder judiciário encontra-se afogado de demandas judiciais, principalmente as que refletem conflitos familiares. Dentre elas está a disputa pela guarda de filhos quando da ruptura conjugal. O tipo de guarda que vem gerando grandes discussões é o instituto da guarda compartilhada. A guarda compartilhada antes aplicada pelos juristas nos casos em que apenas havia consenso comum entre os pais, agora, com a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, passa a ser regra, exceto quando um dos genitores assim não o desejar. Imprescindível entender o que é família, e saber que o poder familiar existente na relação pais e filhos não se separa quando os cônjuges já não mais convivem juntos e de forma amigável, com isso, surge a mediação, processo este que faz com que os próprios litigantes encontrem a solução amigável do conflito ainda existente de forma a atender ao princípio do melhor interesse da criança. Recentemente sancionada a Lei da Mediação nº 13.140 de 2015 na qual disciplina a mediação judicial e extrajudicial, servindo como norteador para o processo de mediação nos conflitos familiares, principalmente no que diz respeito à guarda compartilhada. O objetivo deste trabalho foi analisar a importância do processo de mediação familiar com conflitos de guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse no menor, através da pesquisa bibliográfica, com método analítico-descritivo.

Palavras-chave: Mediação. Guarda Compartilhada. Princípio do Melhor Interesse do Menor.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STF – Superior Tribunal de Justiça

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 GUARDA COMPARTILHADA.....	9
2.1 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA.....	9
2.2 BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS À LUZ DA LEI Nº. 11. 698/08 E A NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA.....	12
2.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	19
3 RELAÇÕES FAMILIARES.....	25
3.1 DO PODER FAMILIAR.....	26
3.2 DA RUPTURA CONJUGAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	29
3.3 PRÍNCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR COMO DIRETRIZ PARA A GUARDA.....	32
4 MEDIAÇÃO FAMILIAR E A GUARDA COMPARTILHADA	36
4.1 DA LEI DA MEDIAÇÃO.....	36
4.2 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR.....	38
4.3 DO MEDIADOR	40
4.4 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR NOS CONFLITOS DE GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48
ANEXO A.....	51
ANEXO B.....	57
ANEXO C.....	69
ANEXO D.....	80
ANEXO E.....	106
ANEXO F.....	116

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a importância da mediação familiar nos conflitos de guarda compartilhada levando em conta o Princípio do melhor interesse do menor.

Sabe-se que as disputas familiares geram grande repercussão dentro do judiciário e que as maiores vítimas são os próprios filhos, assim estas questões merecem maior atenção. O poder judiciário muitas vezes não consegue alcançar o desejo de todos os litigantes, assim, a mediação aparece como um instrumento eficaz para que os próprios litigantes consigam solucionar seus conflitos de forma amigável.

Na primeira seção será tratado sobre o conceito de guarda compartilhada, bem como será feito análise da Lei n. 11.689 de 2008 e a mais recente Lei de n. 13. 058 de 2014, na qual passa a estabelecer o instituto da guarda compartilhada como regra, exceto quando um dos cônjuges não o quiser, bem como buscar a visão jurisprudencial sobre a aplicabilidade ou não do instituto.

Posteriormente, as relações familiares tomarão espaço no presente estudo, passando a identificar o poder familiar existente entre pais e filhos como essencial não sendo separado quando em uma ruptura conjugal, levando sempre em conta o princípio do melhor interesse do menor.

E por fim, recentemente sancionada a Lei da Mediação, n. 13.140 de 2015, passa-se a analisar o processo de mediação judicial e extrajudicial, bem como da participação dos mediadores, ou seja, pessoas terceiras, imparciais, que auxiliarão nos referido processos, objetivando com isso analisar a importância do processo de mediação familiar nos conflitos de guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse do menor.

A metodologia a ser utilizada no presente estudo é através de pesquisa bibliográfica, com método analítico-descritivo.

2 GUARDA COMPARTILHADA

Será apresentada a conceituação doutrinária de guarda compartilhada, além de especial destaque do artigo 227 da Constituição Federal que confere um sentido protetivo à criança, ao adolescente e ao jovem nas relações familiares. Ainda, apresentam-se breves considerações históricas em relação a visão de guarda compartilhada e algumas análises jurisprudenciais pertinentes ao tema.

2.1 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

Em um sentido de cuidado, proteção e resguardo, depara-se com o vocábulo da “guarda”. Este ato de salvaguardar está presente nas questões que envolvem a filiação, tendo como apoio os basilares do nosso ordenamento jurídico.

Segundo Thomé (2009, p. 128) “A Carta Magna de 1988 trouxe um novo olhar sob o ser humano, reconhecendo que cada pessoa humana é centro e razão de proteção da ordem jurídica, por meio do princípio da dignidade humana [...]”

Ainda, ressaltam Teixeira e Rodrigues (2010, p. 219) que, “[...] a criança e o adolescente ganharam proteção especial, por serem frágeis, vulneráveis [...]”, assim, também, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu artigo 4º, *in verbis*:

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 (BRASIL, ECA, 1990).

A Constituição Federal também retrata este sentido de proteção em seu artigo 227, *in verbis*:

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 (BRASIL, CF, 1988).

O instituto da guarda está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1.634, II, do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), recentemente alterado pela Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 na qual passou a estabelecer que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584. (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Em consonância com o exposto acima, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) com alterações da Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, dispõe que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Grisar Filho (2014, p. 72 apud ROSA, 2015, p. 48) relata que:

Na constância do casamento, ou em outra forma de família, o exercício da guarda é comum. Predomina a ideia de que as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente [...] É nesse momento que a questão ganha relevo: qual dos genitores é o mais indicado para deter, com exclusividade, a guarda dos filhos? Qual o modelo a ser aplicado em benefício deles?

Um modelo de guarda que está repercutindo grandes discussões, principalmente quando ocorrem as interrupções conjugais é a guarda compartilhada, instituto este que segundo Akel (2010, p. 103) “[...] surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de

fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento”.

Para melhor entender o instituto da guarda compartilhada, tem-se um breve conceito do vocábulo “compartilhar” que segundo Thomé (2009, p. 131) “[...] significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta”.

Para Grisard Filho (2014, p. 90-91 apud ROSA, 2015, p. 63): “A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetam os filhos”.

No mesmo sentido Akel (2010) afirma que o instituto da guarda compartilhada, trás vantagens a ambas as partes, pois, estabelece de forma igualitária as responsabilidades advindas do poder familiar, garantindo aos mesmos o convívio com seus filhos.

O instituto tem por finalidade segundo Soldá e Oltramari (2012, p. 78): “[...] manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais”.

Pereira (2012, p. 150 apud ROSA, 2015, p. 64) aponta de forma clara o real significado da guarda compartilhada quando fala que:

A guarda compartilhada traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles.

Conceituado o vocábulo “guarda”, passa-se a analisar o instituto da guarda compartilhada, segundo a Lei n. 11. 698/2008, e a mais recente Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, na qual altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, assim dispondo sobre sua aplicação.

2.2 BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS À LUZ DA LEI Nº. 11. 698/08 E A NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

Costumeiramente “[...] a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgada essa posição de vantagem [...]” (TEPEDINO. In: PEREIRA, 2004, p. 309 apud ROSA, 2015, p.48).

Segundo o artigo 1.584 do Código Civil¹ anteriormente a Lei n. 11.698/08, a regra era a outorga da guarda unilateral ao genitor que tivesse em condições de zelar pelos seus filhos, caso que se entre o casal não tivesse acordo (THOMÉ, 2009).

Ainda, segundo Thomé (2009, p. 135) “[...] sustentada sob o olhar de compartilhamento de direito, deveres e responsabilidades dos casais separados, exercidos em relação aos filhos menores, surge a Lei n. 11.698, sancionada em 13 de junho de 2008 [...]”, o qual alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, passando a instituir e disciplinar a guarda compartilhada, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º. (VETADO) (NR) (BRASIL, CC, 2002).

Destaca-se também a nova redação do artigo 1.584 do Código Civil:

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

¹ Art. 1.584 do Código Civil Brasileiro: Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

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

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

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

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

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

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

§ 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (BRASIL, CC, 2002, grifo nosso).

Levando em conta a nova redação dada, Amaral (2013, p.46, grifo do autor) delibera que:

A Lei da Guarda Compartilhada, de 2008, tratava, portanto, de atualizar a abordagem que as questões de guarda deveriam receber nas varas de família, modernizando-a, trazendo um novo paradigma, mais adequado a um novo tempo de igualdade entre homens e mulheres em seus papéis sociais [...].

Recentemente sancionada, a Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passando a determinar a guarda compartilhada como regra.

Ressalta Rosa (2015, p. 73) que “As modificações trazidas pela Lei n. 13.058/2014 vieram em boa hora, acima de tudo para dirimir o mito do filho “mochilinha” [...]”. O mesmo autor (2015) afirma que desde o advento da lei n. 11.698 de 2008 a guarda compartilhada é confundida com a guarda alternada, impossibilitando sua melhor aplicação.

“A guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados [...]”. (LEVY, 2008, p. 60). “[...] Dessa forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a cada um deles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental”. (ROSA, 2015, p. 59).

Já a guarda compartilhada implica na tomada de decisões de ambos os genitores em relação à vida dos filhos, não sujeitando os mesmos a fracionamento de tempo de convívio com seus pais (ROSA, 2015).

Dentre as alterações da Lei n. 13.058 de 2014, está o §2º do artigo 1.583, na qual estabelece que, *in verbis*:

Art. 1583.

[...]

§ 2º. Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Essa convivência com os filhos segundo Rosa (2015) precisa ser regrada de forma plena, na qual os dias, horários e locais sejam voltados para o melhor interesse da criança e não do próprio genitor.

Seguindo a nova redação, o artigo 1583, § 3º, dispõe que: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

Segundo Rosa (2015, p. 76) “[...] a custódia física foi tradada como “base de moradia”, que a partir de agora, de forma expressa, inclusive, o compartilhamento pode ser realizado mesmo quando os genitores não residirem na mesma cidade”.

Rosa (2015) explica que, quando não há o acordo entre os pais, fica a cargo do juiz e do promotor a aplicação da perícia social e psicológica para estabelecer a base de moradia atentando ao melhor interesse da criança. Ao mesmo tempo em que determina a base moradia dos filhos, estabelece-se a detenção física do filho (a) ocasionando a obrigação da prestação de alimentos do outro progenitor.

Ainda sobre o assunto, o autor (ROSA, 2015, p.110) afirma que “Quando existe a fixação de alimentos, via de regra, o genitor detentor da guarda fica na administração dos valores recebidos, que devem, impreterivelmente, ser destinados ao bem-estar e à manutenção do alimentado”.

Ressalta Donizetti (2012, p. 1216 apud Rosa, 2015, p. 110) que “todo aquele que, de qualquer modo, administra bens ou interesses alheios, por força de relação jurídica legal ou contratual, tem a obrigação de prestar contas [...]”.

A nova lei da guarda compartilhada (Lei n. 13.058/2014) em seu §5º do artigo 1.583 estabelece sobre esta questão, *in verbis*:

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Assim, segundo Farias (2010, p. 58 apud Rosa, 2015, p 112):

[...] na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente, é reconhecida ao genitor – alimentante (bem como ao Ministério Público e a qualquer outra pessoa interessada, como os avós e os tios) a legitimidade para requerer a prestação de contas do genitor que detiver a guarda e estiver administrando a importância pecuniária paga a título de alimentos.

Conforme exposto no artigo 1.584 da Lei n. 11.698/2008, e também corroborado pela nova Lei n. 13.058/2014, a guarda pode ser requerida por consenso pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles e, ou, decretada pelo juiz. O §1º do mesmo artigo segundo Rosa (2015, p. 75) “[...] impõe ao juiz o dever de, na audiência de conciliação, informar ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a igualdade de direitos e deveres que competem aos pais e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

Na redação da Lei n. 11.698 de 2008, o §2º do artigo 1.584 menciona que “[...] quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”, esse dispositivo acabou gerando grandes discussões.

Pois, para o autor Rosa (2015, p. 80) “[...] a expressão “sempre que possível”, acabou sendo equivocadamente interpretado que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores”.

Sobre o assunto, Amaral (2013, p. 46) delibera que:

A Lei determina a aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre pai e mãe, “sempre que possível”. Obviamente, na intenção do legislador, a

ausência de acordo não poderia ser fator de impossibilidade, já que o próprio texto da Lei explicitamente diz que ela deve ser aplicada nesses casos.

Para Madaleno (2004, p. 91) “[...] a guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para o seu implemento, total e harmônico consenso dos pais”.

Dentre toda essa polêmica a nova lei n. 13.058/2014, traz uma das modificações, na qual será discutida de forma mais aprofundada na próxima seção, onde está disposta no §2º, do artigo 1.584, *in verbis*:

§ 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 (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Sobre o assunto Rosa (2015, p. 56) assevera que:

O que antes era regra, em boa hora, passa a ter caráter excepcional, vez que, 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 exercê-la (art. 1.584, § 2º, CC).

O §3º do artigo 1.584 em sua nova redação dispõe que:

§ 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 (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Nesse enfoque ressalta-se a importância do processo de mediação, pois segundo Rosa (2015, p. 88) “o acompanhamento terapêutico ou a realização de sessões de mediação servirão

como espaço privilegiado para que esses ajustes se tornem possíveis”, para isso referencia-se um melhor aprofundamento no estudo do processo de mediação na próxima seção.

O descumprimento das atribuições e suas consequências já estavam elencados na Lei n. 11.698/2008, em seu §4º, do artigo 1.584 quando dispunha que:

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho (BRASIL, CC, 2002).

“Com a nova redação do dispositivo, a partir da Lei n. 13.058/2014, foi suprimida a possibilidade de restrição de tempo de convivência com o filho, mas, por outro lado, foi mantida a possibilidade de redução de prerrogativas” (ROSA, 2015, p. 90).

§ 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 (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

A inclusão do §6º, no artigo 1.584 é também uma das novidades trazidas pela Lei n. 13.058/2014, na qual:

§ 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, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Rosa (2015, p. 88) relata sobre o acesso das instituições de ensino das informações ao detentor da guarda, quando afirma que :

[...] reiteradamente muitas instituições de ensino restringiam o acesso das informações do desenvolvimento da prole ao detentor da guarda que, na maioria das vezes, nas instituições privadas é o responsável financeiro. Prova disso é que em 2009, por meio da Lei n. 12.013, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

(Lei n. 9.394/96) foi alterada para obrigar às escolas a “informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos” sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola (arts. 12, VII, da Lei n. 9.394/96).

Com a alteração da lei, a obrigação passa a atingir as instituições tanto educacionais, como esportivas e até associativas (ROSA, 2015).

O disposto no artigo 1.585 da Lei n. 13.058/2014 complementa que:

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 (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Um aspecto importante ressaltado por Silva (2015, p. 54 apud Rosa 2015, p. 53) diz respeito “A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, em seu art. 12, ressalta o direito das crianças e adolescentes de expressarem sua opinião e de serem ouvidos nos temas de seu próprio interesse [...]”.

A Lei n. 13.058/2014 ainda alterou o artigo 1.634, na qual passa a dispor com a seguinte redação:

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, CC, 2002) (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Tendo feito a análise do instituto da guarda compartilhada desde seu surgimento com a Lei n. 11.698 de 2008 bem como as alterações advindas da nova Lei da Guarda Compartilhada, Lei n. 13.058 de 2014, restaram questionamentos relevantes cabendo assim analisar o posicionamento dos tribunais bem como dos doutrinadores à respeito.

2.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Conforme ressaltado na seção anterior sobre o conceito da guarda compartilhada, desde a Lei n. 11.698 de 2008 e também com o advento da Lei n. 13.058 de 2014 o instituto da guarda tem sido objeto de muitas discussões, fazendo por gerar uma importante análise da visão jurisprudencial dos tribunais sobre tal questão.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul antes da nova Lei n. 13.058/2014 versava pelas seguintes posições em relação à aplicação da guarda compartilhada, especialmente sobre o disposto no §2º do artigo 1.584 do Código Civil:

APELAÇÃO. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA C/C ALIMENTOS. Em vista da doutrina da proteção integral à criança, as trocas de guarda somente podem ser realizadas quando demonstrada nos autos sua necessidade. **Embora o disposto no § 2.º do art. 1.584 do CC/02, descabe o exercício da guarda compartilhada por pais que não mantém relação harmoniosa e se um deles se opõe ao pedido.** Não há necessidade de existir animosidade entre as partes para indeferimento da guarda compartilhada. **Inexistindo contatos frequentes entre os pais a fim de possibilitar o melhor tratamento e questões afins sobre a criação e educação do filho, torna-se inaplicável essa modalidade de guarda.** APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2011, grifo nosso)

Segundo o voto do Relator, Dr. Roberto Carvalho Fraga, no referido julgado (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2011, p. 3) conforme anexos ao final.

A guarda compartilhada exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, além de condições favoráveis de atenção e apoio mútuos na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua plena adaptação, objetivando o mínimo de prejuízos.

Versando posição contrária, a Oitava Câmara Cível se posiciona pela aplicação da guarda compartilhada:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. A guarda compartilhada, prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, pode ser imposta pelo Juiz, desde que verificadas as condições que melhor atendem os interesses dos menores. Implementada a guarda compartilhada, fica prejudicado o pensionamento em favor dos filhos, uma vez que os encargos com as crianças passam ser de responsabilidade de ambos os genitores. RECURSO PROVIDO, EM PARTE (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2010).

Cabe aqui ressaltar o posicionamento do Revisor Des. Alzir Felipe Schmitz quanto ao instituto da guarda compartilhada:

Embora considere que a guarda compartilhada imposta pelo julgador singular, por mais que queira atender aos interesses dos infantes, constitui uma temeridade, tanto que não conheço nenhum caso em que haja sido alcançados resultados satisfatórios. Todavia, quero reconhecer mais adiante o meu erro de percepção, motivo por que estou em acompanhar o eminente relator, no caso concreto.

Mesmo após a instituição da nova lei da guarda compartilhada (Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014), algumas turmas dos tribunais do Rio Grande do Sul ainda divergem sobre a aplicação da guarda compartilhada:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. **Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.** 4. **Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida.** 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. Se o réu alega que não pode pagar os alimentos fixados, cabia a ele demonstrar a sua impossibilidade, comprovando cabalmente a sua real capacidade econômica, mas desse ônus não se

desincumbiu. Conclusão nº 37 do CETJRS. 8. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 9. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso desprovido (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2015a, grifo nosso).

No entanto existe posição contrária, amparada também pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual dispõe que:

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA. IMPROCEDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. RECONHECIMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. DESCABIMENTO. REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA DEFERIDA NA SENTENÇA AO GENITOR. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORCIONALIDADE A SER OBSERVADA EM RELAÇÃO À VERBA HONORÁRIA. COMPENSAÇÃO. VIABILIDADE. 1. Caso em que os estudos técnicos realizados na instrução foram categóricos no sentido da inexistência de situação a contraindicar o convívio paterno-filial, ocorrência que amparou a improcedência do pedido de suspensão das visitas paternas (objeto da ação), revelando, em contrapartida, a dificuldade de comunicação e de cooperação entre os genitores, a litigiosidade decorrente da separação, bem como os negativos reflexos desse conflito no desenvolvimento emocional do filho menor, responsabilidade que deve ser imputada a ambos os genitores, não autorizando o pretendido reconhecimento da alienação parental alegadamente praticada pela genitora (objeto da reconvenção). **2. Considerando que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante.** 3. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. **Precedente do STJ.** 4. Manutenção da sentença no ponto em que fixou como base de moradia a residência da genitora e regulamentou o convívio paterno-filial nos termos propostos pelo genitor, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. 5. Não tendo o genitor demonstrado sua situação de fazenda e, assim, que faz jus à concessão da assistência judiciária gratuita, deve ser revogado o benefício deferido em seu favor na sentença, conforme requerido no apelo da genitora. 6. Descabido o redimensionamento da sucumbência recíproca, pois incorrente o alegado decaimento mínimo do genitor, devendo ser mantida a proporção estabelecida na sentença para o pagamento das custas processuais, que deve ser observada também em relação aos honorários advocatícios, possibilitando-se a compensação (art. 21, parágrafo único, do CPC e da Súmula nº 306 do STJ), conforme postulado no apelo do genitor. 7. Declaração de voto do revisor. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2015b, grifo nosso).

Recentemente também se posicionou- se o Tribunal no mesmo sentido em relação à aplicação da guarda compartilhada pela nova lei:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. **Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade.** Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Não havendo prova irrefutável da incapacidade do alimentante, ônus que lhe cabia, restam mantidos os alimentos fixados. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2015c, grifo nosso).

Da mesma forma posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

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

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

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

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

7. Recurso especial provido (BRASIL, STJ, 2014, grifo nosso).

Segundo a doutrina dominante “tem a guarda compartilhada a tarefa de auxiliar os pais, cuja relação afetiva foi rompida, a reequilibrar os papéis parentais dentro desta nova família transformada com o término da parceria amorosa” (Thomé, 2009, p. 138).

Para Soldá e Oltramari (2012, p. 76):

São evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, já que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, não ficando um dos pais como mero coadjuvante na criação do filho, ao contribuir apenas com os alimentos e tendo como “recompensa” o direito de visitação.

Seguindo o mesmo raciocínio, salienta Amaral (2013, p. 48) que:

[...] para a formação psicológica da criança é melhor que ela conviva cotidianamente com ambos os pais, ainda que em “condições não ideais”, do que uma “paz artificial”, na qual um de seus pais simplesmente “some”, reaparecendo como visitante derrotado, separado por lacunas de tempo muito maiores na percepção infantil do que na dos adultos, esvaziado de poder e de papel parental, distanciado da criação e da educação dela que é onde ela e seu genitor poderiam vivenciar e seguir ampliando o amor que nutriram um pelo outro desde o nascimento ou mesmo antes disso.

A guarda compartilhada busca o melhor interesse da criança e o seu convívio contínuo com os pais, bem como, aproxima os genitores no desenvolvimento dos filhos, confirmando o princípio da dignidade da pessoa humana, na qual idealiza o convívio com os genitores mesmo após uma ruptura conjugal (THOMÉ, 2009).

Após análise do conceito de guarda compartilhada, das leis n.11.698/2008 e a mais recente Lei da guarda compartilhada, Lei n. 13.058/2014, bem como da visão jurisprudencial do Tribunal do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça, vê-se que o tema toma grande repercussão, principalmente quando envolve o direito de família. Dentre a divergência com relação à aplicação da guarda quando se fala em consenso dos pais, ou agora a instituição da guarda compartilhada como regra faz-se necessário o estudo da mediação como instrumento para auxiliar tanto os pais, como os próprios magistrados na decisão do melhor interesse da criança e do adolescente.

Na seção seguinte serão analisadas as relações familiares nos aspectos do poder familiar e da ruptura conjugal e suas consequências.

3 RELAÇÕES FAMILIARES

A principal função do direito é de proteger a sociedade. Denota-se que nos litígios existentes, não lida-se apenas com “partes” mas sim com “pessoas”.

Assim como Steyer (2006, p. 119) questiona-se nas relações familiares primeiramente sobre a definição de família:

O que entendemos por família?
 O que vem a ser uma família?
 Um homem e uma mulher que se unem pelos laços do vínculo matrimonial, mas sem filhos, constituem uma família, ou são apenas um casal?
 Quando dois homens ou duas mulheres se unem – e adotam filhos [...], formam uma família?
 Quando uma moça solteira adota uma filha, ela estabelece uma família? [...].

Segundo Dias (2013, p. 41, grifo do autor):

“Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de **casamento**, ou seja, pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família **patriarcal**, o pai como a figura central, tendo ao lado a esposa, rodeados de filhos, genros, noras e netos. Essa **visão hierarquizada** da família, no entanto, sofreu, com o tempo, enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis. A **emancipação feminina** e o ingresso da mulher no mercado de trabalho levaram-na para fora do lar [...]”.

Fuga (2003, p. 24) conceitua família como:

“Família”, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um grupo convivente, composto por indivíduos com interesses distintos e comuns, que criam uma significação de encontro comunitário, de solidariedade e de afeto, que tem por escopo a formação e o desenvolvimento do homem, buscando a felicidade de seus integrantes.

Cachapuz (2004, p. 97) salienta ainda que:

A família é o berço estruturador do ser humano, no qual há um lugar definido para cada membro, com o intuito de desenvolver a sua personalidade, seus aspectos emocionais, sua segurança, para que possa utilizar suas aptidões, como verdadeiro cidadão. E é na família bem estruturada que formam as pessoas mais equilibradas, com uma grande possibilidade de obter sucesso na vida.

Busca-se também demonstrar as atribuições da família dentro da sociedade, na qual segundo Rieth (2006, p. 31, grifo do autor):

Da perspectiva das Ciências Sociais, identificam-se as diversas funções preenchidas pela família: *biológica*, responsável pela transmissão da vida; *econômica*, referente à provisão de bens materiais; *protetora*, voltada à segurança contra os riscos à existência; *cultural*, referente à transmissão de símbolos, conceitos e valores; *estratificava*, responsável pela atribuição de status social; *integrativa*, voltada ao estabelecimento de controle social.

A partir do conceito de família e de suas funções perante a sociedade, procura-se entender o significado do poder familiar presente nas relações familiares, conforme segue na próxima seção.

3.1 DO PODER FAMILIAR

Para melhor entender as relações familiares, e ainda aprofundar o conceito de família, procura-se verificar a importância do poder familiar.

Vários doutrinadores trazem enorme bagagem sobre o poder familiar, dentre eles, Silva (2005, p. 28) aponta que:

O poder familiar é imposto aos pais pelo Estado que é fiscalizador do exercício legal do mesmo. Essa competência do Estado é direcionada para fiscalizar e controlar as relações entre os sujeitos Pai/Filhos para que os direitos e deveres sejam cumpridos com o respeito devido à lei e nos limites por ela permitidos.

Lôbo (2011, p. 295) demonstra em sua obra a análise da evolução do antigo “pátrio poder” e também conceitua:

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam deveres.

Silva (2005) também salienta em sua obra essa mudança do poder paternal para dever familiar, na qual os pais ficaram responsáveis pela educação, bem como pela gerência e assistência para com os bens dos seus filhos.

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) com alterações da Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, dispõe sobre o exercício do poder familiar:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, ECA, 1990).

Ainda o artigo 22 do Estatuto delibera que: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

O Código Civil de 2002 em seu Capítulo V dispõe sobre o poder familiar, assim o artigo 1.634 alterado pela Lei nº. 13.058/2014 traz explícitos os deveres os pais no exercício do poder familiar, conforme descrito na página 18 da presente monografia.

Silva (2005) salienta pontos importantes sobre o poder familiar quando fala que o Estado fiscaliza os deveres e obrigações dos pais para com os filhos, e se não cumprido ocasiona a suspensão do mesmo, conforme disposto no artigo 1.637 do Código Civil de 2002:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, CC, 2002).

A mesma autora ainda menciona a perda do poder familiar, disposta no artigo 1.638 do Código Civil de 2002:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, CC, 2002).

Já a extinção do poder familiar se dá conforme o artigo 1.635 do Código Civil de 2002:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, CC, 2002).

Muito bem lembrado por Teixeira e Rodrigues (2010, p. 223) quando afirmam que “o exercício da autoridade parental, que não se altera com a separação dos pais, deve ser assumido por ambos os pais, principalmente no que se refere às principais decisões da vida da criança ou adolescente” assim fica correlacionado com o artigo 1.632 do Código Civil de 2002, que dispõe: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Conforme Silva (2005, p. 25) o mesmo conclui que “[...] o Poder Familiar traz hoje o amplo significado da igualdade entre os pais, devendo ambos assumirem todos os direitos e obrigações ao colocarem no mundo ou adotarem um ser humano”.

Na próxima seção será discutida a ruptura conjugal e suas consequências tendo em vista a análise feita em relação ao poder familiar assumido pelos pais para com seus filhos.

3.2 DA RUPTURA CONJUGAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Quando se fala em família, muito se lembra de amor, companheirismo e afeto, mas, também lembra-se dos conflitos familiares que acabam perturbando não apenas a própria família mas também toda a sociedade.

Os doutrinadores Thomé e Marx e Silva (2013, p. 157) em mais uma temática sobre a família e de forma memorável descrevem a importância da mesma para o desenvolvimento da criança e do adolescente dentro da sociedade:

É no relacionamento cotidiano com pais, irmãos e avós, que crianças e adolescentes compreendem a dinâmica dos relacionamentos e adquirem (ou não) o discernimento e a capacidade para enfrentar problemas e desafios. Por esta razão, é importante o papel dos pais e também do Estado-juiz neste aprendizado acerca da gestão dos conflitos no ambiente familiar. Os conflitos são próprios do ser humano e precisam ser ajustados de forma que as pessoas envolvidas possam buscar maior realização pessoal e felicidade. As diversas configurações familiares e de parentescos que se apresentam não comportam mais os ajustes legislativos que se baseavam num único modelo de família, hierarquizado, patrimonializado, com papéis parentais pré-determinados e engessados.

Conrado (2013) afirma que os conflitos familiares estão cada vez mais presentes, ou melhor, sempre estiveram, mas hoje, ninguém mais atenta ao que no começo do relacionamento era visto com um olhar distinto.

Fuga (2003, p. 36-37) também busca demonstrar o início de um relacionamento através de sentimentos que hoje já não mais se consegue enxergar, quando afirma que:

Anteriormente, o casamento era uma instituição indispensável para a caracterização da família. O amor, o carinho, o afeto que marcavam tais relações era presumido para direito. No presente, a função da família está ligada ao pleno desenvolvimento dos que a compõem, pois a República promove a família democrática, tendo como fundamento a cidadania e a dignidade humana. [...] Portanto, presentemente, percebe-se que a família brasileira está centrada, independentemente de sua constituição, nos laços entre seus entes: no amor no desejo, na comunhão de vida com a vontade de se cuidarem, cada qual e reciprocamente. Com efeito, essa conexão familiar conjugal poderá ter seu fim baseado no desamor. Diante dessa realidade, se já é complicada a ruptura de um casal sem filhos, ainda mais difícil ela será se houver filhos menores, crianças e adolescentes.

Segundo Cachapuz (2004) até a família que possui uma base familiar e emocional sólida, sofre com os conflitos existentes durante a vida. Quando ocorre a separação de um casal, tanto eles quanto os filhos sofrem. O que se pode ver é que as separações caracterizam-se pelas desilusões, decepções, infidelidades, entre outras, decorrentes da falta de comunicação ou até mesmo da idealização de algo que não o foi.

A autora ainda salienta que “sem dúvida nenhuma, os filhos são os maiores prejudicados quando da ruptura da relação, sem uma direção ou redimensionamento de novas formas de convivência” (CACHAPUZ, 2004, p. 103).

Muitas vezes, os conflitos gerados no seio familiar acontecem em razão da frustração da expectativa dos papéis sociais. Isso ocorre porque tais papéis implicam uma coerção exercida sobre o indivíduo; criam expectativas de papel, cujo efeito é reduzir a incerteza da interação: “quando o ator A entra em interação com o ator B, ambos esperam que o outro aja dentro do quadro normativo definido pelo seu papel”. (BOUDON; BOURRUCAUD, 1993, p. 415 apud ROSA, 2012, p. 85-86).

Cachapuz (2004, p. 113) em sua obra salienta sobre as circunstâncias que o mundo de hoje contribui para a geração de conflitos familiares:

No mundo estamos sujeitos a situações e circunstâncias que nos envolvem e, muitas vezes, nos impulsionam a comportamentos errados. Nas relações conjugais, isso se manifesta em proporções significantes, fazendo com que haja choques de opiniões e o sistema emocional seja reciprocamente atingido. Aqui as ações são oriundas especialmente dos instintos que, se agredidos, tendem a contra-atacar, sem a interferência da razão. Mágoas vão aparecendo, ressentimentos que maculam o amor e a confiança. A atenção e a consideração, necessária ao alimento do amor, vão sendo destruídas e o relacionamento vai se fragilizando. O indivíduo, então, não percebe que está autorizando o outro a dizer-lhe quem é, machucando-o e magoando-o, através da mensagem negativa enviada.

Ainda, retrata uma série de causas geradoras dos conflitos familiares, dentre elas estão à impaciência, a depressão, a dificuldade de adaptação, a ansiedade, o medo o estresse, a violência, a culpa e a ausência de comunicação (CACHAPUZ, 2004). Dentre as quais fala também sobre a falta de comunicação entre os casais:

A comunicação é fator preponderante entre o casal que nela precisa se basear para construir uma saudável convivência. Na maioria dos casos em que é rompida, o casamento sofre um abalo considerável que facilmente o levará a destruição. Quando um casal entra em conflito, isso é o primeiro ponto a ser atingido. A natureza humana tem mais medo de enfrentar os problemas emocionais do que os físicos, e para pessoas em litígio o diálogo se torna fonte de sofrimento. (CACHAPUZ, 2004, p. 127-128).

Muito bem exposto por Rosa (2012, p.93) quando escreve que “quando na “balança dos sentimentos”, a união apresenta mais desvantagens do que vantagens, o casal começa a discutir a separação”.

Ao depararmos com a separação de um casal, não estaremos tratando do patrimônio no sentido estrito do termo, mas sim com as perdas emocionais, os lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelos sonhos acalentados e não realizados, e por tudo aquilo que cada indivíduo depositou em seu parceiro e que se verifica não ser nada além do reflexo de seu próprio desejo de completude (ROSA, 2012, p. 102).

Oliveira (2003, p. 150 apud ROSA, 2012, p. 101) declara de forma precisa as vítimas do sofrimento nos conflitos familiares:

São as vítimas do jogo insensato ou do macabro circo de miséria humana mal resolvida, homens e mulheres em explosões de ódio e intermináveis disputas por patrimônio ou guarda de filhos, ou em gritos lancinantes por ajuda e meios de seu próprio sustento e pelo alcance de uma vida digna. São também os filhos – principalmente os de tenra idade – colocados como epicentro da disputa paterna, como se fossem meros objetos numa relação de forçada convivência em que se lhes renega a posição de sujeitos de direito.

Para Teyber (1995 apud ROSA, 2012) as crianças ao se depararem com a separação dos pais tem medo da falta da presença dos mesmos, bem como do amor e carinho, pois são estes os alicerces que a fazem crescer de forma plena, já quando os laços familiares são desfeitos a angústia e o medo são muito maiores.

Para Kemp (1999, p. 75) “Uma pessoa pode optar por não continuar sendo marido ou esposa de alguém, mas não pode optar por não ser mais pai ou mãe de alguém”.

Teixeira e Rodrigues (2010, p. 224) deixam claro quando falam sobre a vivência paterna durante a separação que:

Embora, muitas vezes, a convivência parental seja prejudicada com a separação dos pais, não há a diminuição do alcance da autoridade parental. Tal fato deriva dos mandamentos legais, o que deve servir de instrumento e motivação para a continuidade dos laços que unem pais e filhos, mesmo que, com a separação, divórcio ou dissolução de união estável, não mais residam no mesmo local.

Cachapuz (2004, p. 103) afirma que “o vínculo conjugal pode terminar, mas o vínculo parental deve permanecer pelo próprio bem dos filhos”.

Segundo Teyber (1995 apud ROSA, 2012) os pais devem ajudar um ao outro no que diz respeito ao poder parental e não utilizar os filhos como forma de disputa entre um e outro, e ainda, promover a convivência com as duas partes.

Muito bem explanado por Thomé (2013, p. 158) sobre os motivos que geram os conflitos familiares e a busca pelo judiciário na resolução de tais questões, quando afirma que:

O conflito familiar que trata das questões envolvendo o direito de guarda e de visitas é cercado de sofrimento, desamparo e emoções difíceis de serem absorvidas quando ocorre o afastamento, por imposição legal, de um (ou de ambos) os genitores e de seus filhos menores de idade. As decisões judiciais buscam prestar a tutela jurisdicional de forma imediata ao conflito de interesses apresentado frente ao juiz de família ou da infância e juventude, sempre fundadas no melhor interesse da criança.

Levando em consideração que os filhos são os seres humanos que sofrem a pior parte do conflito familiar, busca-se fazer com que tais conflitos sejam resolvidos de forma a atender ao melhor interesse da criança o qual será analisado posteriormente.

3.3 PRÍNCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR COMO DIRETRIZ PARA A GUARDA

Na primeira seção foi analisada a guarda compartilhada, a qual, na ruptura conjugal é muito discutida, pelo fato de que, a criança e o adolescente, principais personagens, devem ter

seus interesses almeçados para uma convivência digna e amorosa com ambos os pais. Necessário se faz a busca pela resolução dos conflitos familiares de maneira que atenda ao princípio do melhor interesse da criança.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, em consonância com este artigo pode-se elencar o artigo 227, também da Constituição Federal, citado na seção anterior, o qual retrata o dever familiar de assegurar a criança e ao adolescente a devida proteção, *in verbis*:

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 (BRASIL, CF, 1988).

Analisando o referido artigo Soldá e Oltramari (2012, p. 81-82) salientam que:

Pela análise do referido dispositivo, percebe-se que a Constituição Federal Brasileira atual prioriza, em qualquer situação, a criança e o adolescente, e garante que é dever de todo e qualquer cidadão atender ao melhor interesse da criança, tratando-o assim, como um direito fundamental.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) em seu artigo 4º, também dispõe sobre a proteção da criança e do adolescente, *in verbis*:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, ECA, 1990).

Indo de encontro com o disposto acima, o artigo 7º, do Estatuto ressalta o direito da criança e do adolescente à proteção, vida e saúde, *in verbis*:

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, ECA, 1990).

Lôbo (2011, p. 75) conceitua o Princípio do melhor interesse da criança, com a seguinte explicação:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos., como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social [...].

Analisando o princípio do melhor interesse da criança como diretriz nos conflitos familiares, bem como nos processos de guarda compartilhada, Soldá e Oltramari (2012, p. 75) destacam a seguinte citação:

Nesse caso, o princípio do melhor interesse dos filhos pode ser utilizado tanto como controle quanto como solução. O critério de controle, primeiramente, se caracteriza por ser um instrumento que visa permitir maior vigilância da autoridade parental, podendo, caso seja necessário, retirar o exercício desse direito. O critério de solução, por sua vez, será empregado sempre que o juiz, analisando o caso em concreto, decidir que, tendo em vista o melhor interesse da criança, a guarda deve ser deferida aos pais em conjunto. Tal princípio se consagra por ser uma cláusula geral com mandamento protetivo que deve se adequar a cada caso em concreto. Para sua real efetivação, se faz necessária uma situação fática, na qual são avaliados os interesses morais e materiais da criança, respeitando a particularidade das partes envolvidas, o que pode ser melhor analisado com o uso da mediação familiar.

Tendo conceituado e analisado o princípio do melhor interesse da criança pode-se verificar que tal preceito serve como base para a resolução dos conflitos familiares. Contudo, para que possa ocorrer à junção do interesse da criança com a resolução dos conflitos familiares, faz necessário à intervenção de um processo de mediação, o qual irá contribuir para que ambas as partes envolvidas nos litígios consigam tomar decisões que não afetam o futuro de nenhum dos envolvidos, assunto a ser tratado na próxima seção.

4 A MEDIAÇÃO E A GUARDA COMPARTILHADA

4.1 DA LEI DA MEDIAÇÃO

Dentre os diversos conflitos existentes no poder judiciário, principalmente aqui elencados os conflitos relacionados ao direito de família, mostrou-se de extrema importância à criação de um dispositivo que tratasse da resolução dos mesmos de forma adequada. Com isso, demonstra-se o objetivo da criação da Resolução 125 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) aprovada em 29 de novembro de 2010.

Segundo Dias (2013, p. 86):

A Resolução 125/10 do CNJ impôs aos tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, com a finalidade promover a implementação do programa de incentivo à autocomposição de litígios e pacificação social por meio de conciliação e da mediação, com a participação de entidades públicas e privadas, bem como de universidades e instituições de ensino.

Conforme disposto no Manual de Mediação Judicial (BRASIL, 2013, p. 27-28) ressalta-se a importância e os objetivos da criação da Resolução 125:

Os objetivos desta Resolução estão indicados de forma bastante taxativa: I) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); II) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); III) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).

Recentemente, foi sancionada a “Lei da Mediação”, de nº. 13.140 de 2015, a própria lei em seu artigo 1º, dispõe: “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Conforme matéria publicada pela Agência CNJ de Notícias, datada de 30 de junho de 2015:

O marco legal, que estimulará soluções mais amigáveis de conflitos judicializados, é resultado de intenso trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que desde 2006 organiza o Movimento pela Conciliação, com o objetivo de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca por soluções mediante a construção de acordos, que deu origem à Semana Nacional da Conciliação. A Lei da Mediação determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que deverão ser organizados conforme a Resolução CNJ n. 125/2010, que estabelece uma metodologia para resolução de conflitos de forma não litigiosa.

A lei que entrará em vigor em seis meses, ou seja, 180 dias de sua publicação oficial, tem como princípios basilares os citados em seu artigo 2º:

Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

Cabe citar de forma breve as etapas do processo de mediação, que, segundo consta no Manual de Mediação Judicial (BRASIL, 2013, p. 109) compreende-se em cinco fases, quais sejam:

- I. Declaração de abertura ;
- II. Exposição das razões pelas partes;
- III. Identificação de questões, interesses e sentimentos;
- IV. Esclarecimento acerca de questões, interesses e sentimentos e;
- V. Resolução de questões.

Segundo artigo publicado pelo Senado Federal, Portal de Notícias, datada de 29 de junho de 2015:

Segundo a lei, a mediação poderá ser extrajudicial ou judicial, em centros mantidos pelos próprios tribunais. As partes podem recorrer ao método mesmo já havendo

processo em andamento na Justiça ou em âmbito arbitral. Nesse caso, a tramitação é suspensa, por prazo suficiente para a resolução consensual do conflito.

Busca-se através dessa nova visão analisar a mediação familiar como forma de auxílio na resolução de conflitos, para que as pessoas envolvidas consigam solucionar seus problemas de forma mais harmoniosa.

4.2 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

O direito de família traz consigo, conforme já visto, uma enorme bagagem de questões de sentido conflituoso, como as dissoluções familiares, das quais geram impasses muito complexos e precisam ser resolvidos da melhor maneira possível, garantido assim a justiça, tão procurada nas varas familiares.

A grande tendência dos conflitos familiares é a busca por uma solução mais abrangente para ambas as partes, pois no processo tradicional, mesmo pondo fim aos seus problemas quando saem do Fórum, ainda restam lá fora muitos atos a serem realizados em relação aos envolvidos (FUGA, 2003). Para a autora, “pertinente, então, foi à busca, pela própria sociedade, de limites que até então não foram proporcionados pelos textos e normas legais. Resgata-se, assim, uma fórmula possível para transformar os litígios: recorre-se à mediação” (FUGA, 2003, p. 62).

Vários doutrinadores citam o processo de mediação dentre os temas sobre resolução de litígios, dentre um deles, Dias (2011, p. 85) destaca que:

(...) a mediação familiar vem ganhando cada vez mais espaço. Por ser uma técnica alternativa para levar as partes a encontrar solução consensual, é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções papéis e atribuições de cada um.

Assim, também aponta Levy (2008, p. 122-123) sobre os propósitos da mediação:

A mediação propõe a compreensão de um obstáculo (conflito) para transformá-lo em um aprendizado e uma saída possível, construída pelos mediandos com o auxílio de um facilitador (mediador) capacitado. É uma postura de tomada de consciência, de um repensar sem paixão. É a busca pessoal do caminho do meio. [...] A mediação sugere uma mudança de paradigma, uma nova maneira de interação nos conflitos interpessoais. Traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos e realizar suas próprias escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos mediandos. Incentiva o olhar para um planejamento do futuro, que se pretende tranquilo e promissor, deixando as mágoas e os rancores no passado.

A mediação familiar faz com que a convivência após o fim da conjugalidade de um casal com filhos se torne mais amena, trazendo grandes progressos (FUGA, 2003). A mesma autora em sua obra sobre a mediação familiar relata que:

A mediação familiar é muito mais que resolução de conflito porque trabalha com afetos. Se o cruzamento das relações de amor e ódio impede que um casal encontre possibilidades de continuidade do vínculo familiar, após ruptura conjugal, a mediação familiar desenvolve nova capacidade de comunicação entre os entes da família, para que a mesma encontre na pós-separação condição de possibilidade de vida familiar através de um acordo refletido, maduro e durável. Isso significa reorganização da família para uma nova forma de vida social. Trata-se de ajudar no amadurecimento social da família e dos seus entes, que passaram pela experiência das adversidades familiares (FUGA, 2003, p 79).

Muito se fala de que a mediação tem por meta a reconciliação dos casais e que os mesmos reatem o casamento. Isso pode de certa forma acontecer durante o processo de mediação, mas não é o principal objetivo e cabe somente aos litigantes decidirem (ROSA, 2012).

Segundo Soldá e Oltramari (2012, p. 88) o objetivo da mediação só se concretiza quando ambas as partes colocam-se uma no lugar da outra:

[...] tem-se em mente que as pessoas precisam reconhecer a existência do direito do amor, comprometendo-se consigo mesmas a exercerem a solidariedade, refletida na capacidade de se colocarem no lugar do outro. Se assim for, será alcançado o objetivo da mediação, uma vez que haverá entre as partes um respeito mútuo, prevalecendo a comunhão de esforços voltada ao melhor interesse do filho havido em comum, pois os laços afetivos entre ambos são para sempre.

Assim, a mediação surgiu como um apoio às famílias para que as mesmas busquem uma maneira de enxergar seus conflitos como solucionáveis, e que os filhos, principais envolvidos

nos resultados de uma ruptura conjugal necessitam da companhia e vivência de ambas as partes.

4.3 DO MEDIADOR

O processo de mediação, conforme apontado na seção anterior, é um mecanismo que busca a melhor resolução de conflitos. Principalmente aqui analisados os conflitos familiares, no qual envolvem sentimentos, necessita-se de uma pessoa, terceira, imparcial, que faça a mediação das partes envolvidas, para que os mesmos possam enxergar as divergências existentes de forma sanável.

Toda mediação familiar requer um mediador, aquele que facilite o diálogo entre os cônjuges, portanto um facilitador. É ele um terceiro imparcial e neutro que auxilia os cônjuges a elaborar suas comutações, que facilita discussões, mas que não possui nenhum poder de decisão sobre o litígio (FUGA, 2003, p. 90-91).

No mesmo sentido os doutrinadores Soldá e Oltramari (2012, p. 85) salientam sobre a imparcialidade do mediador durante o processo de mediação:

O mediador tem a incumbência de retirar as partes do estado de inércia, fazendo-as perceber que uma solução aceitável pode ser tomada [...] Não há mediação sem que a pessoa que promove o diálogo entre as partes, ou seja, o mediador. Ele é um terceiro que deve se manter imparcial, para auxiliar no entendimento dos envolvidos, administrando e encaminhando da melhor maneira a resolução do litígio existente.

Ainda, segundo Dias (2011, p. 85):

O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para as partes, sendo que a decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas [...] cuida-se de busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável.

Para Rosa (2012, p. 168, grifo do autor) “o profissional que labora com a mediação torna-se um legitimador de sonhos, possibilitando uma revolução interna silenciosa do *status quo* antes existente”.

Segundo Silva (2005, p. 176):

O mediador segue regras e possui técnicas de mediação como a valorização do que há de positivo em cada um dos mediandos e do que ainda restou de bom após a falência da união. É importante que ele também assuma conduta essencialmente imparcial, ou seja, em momento algum pode tomar partido deste ou daquele, assim como não lhe cabe criticar e muito menos “julgar” as atitudes ou recriminar as eventuais condutas erradas das partes.

Portanto, de acordo com o que salienta Barbosa (2014, p. 29):

O mediador não intervém, não sugere, não induz, pois visa promover a recuperação da responsabilidade dos mediandos por suas escolhas, sejam elas boas ou não, para que façam parte do passado, visto que a nova comunicação tem foco no futuro. A mediação exerce a sua magia no momento em que os mediandos conseguem deslocar o olhar no tempo – do passado para o futuro –, permitindo-se sair da cegueira que os aprisionam ao passado, para enxergar as múltiplas possibilidades oferecidas pelo futuro. Trata-se de um processo criativo, portanto, é a arte de mediar que exige disponibilidade interna do partícipe.

Segundo a Lei da Mediação, sendo ela judicial e/ou extrajudicial, os mediadores que atuaram nestes processos deverão ter formação especificada. Assim, dispõe o artigo 9º sobre a formação necessária ao mediador extrajudicial:

Art. 9º. Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Ainda, segundo o artigo 11º da mesma Lei, a formação do mediador judicial pressupõe:

Art. 11º. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Segundo artigo publicado pelo Senado Federal, Portal de Notícias, datada de 29 de junho de 2015:

O mediador pode se reunir com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para o entendimento. A mediação termina quando é celebrado o acordo ou quando não se justificam novos esforços para obter o consenso, seja por declaração do mediador ou por manifestação das partes.

Segundo o Manual de Mediação Judicial (BRASIL, 2013, p. 110) “[...] conforme se vai adquirindo experiência, o mediador saberá manejar tais etapas do processo de modo tão natural que poderá melhor adequá-las às questões controvertidas”.

Vê-se que o mediador é uma figura muito importante no processo de mediação, que de maneira imparcial ajuda para que os pais dentro de um litígio consigam analisar de forma amorosa as consequências futuras que podem abalar a convivência com seus próprios filhos.

4.4 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR NOS CONFLITOS DE GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Visto que nas famílias existem conflitos, e a ruptura conjugal é uma das mais complexas, que acaba gerando grandes e até graves consequências, para todas as partes envolvidas, surgiu a necessidade de uma solução para tais conflitos. Tal solução implica na compreensão pelas próprias partes litigantes compreendam que, em uma separação conjugal, os laços matrimoniais podem ser desfeitos mas os paternos nunca podem deixar de existir. Para tanto o processo de mediação vem como meio de auxílio para essa convivência entre pais e filhos se torne saudável e duradoura, levando sempre em conta o interesse da criança e do adolescente.

Uma das seções tratou da guarda compartilhada, hoje instituída como regra pela Lei nº. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, e conforme salientado pelos doutrinadores Soldá e Oltramari (2012, p. 75) “para que a guarda compartilhada venha a ter o sucesso esperado, acredita-se ser necessário um trabalho conjunto entre juízes e operadores do direito, na tentativa de conscientizar os pais acerca da importância, para o filho, da continuidade dos vínculos familiares”.

Segundo Silva (2005, p. 177):

Como a maior desvantagem da aplicação da guarda compartilhada, conforme rebatem seus opositores, é a falta de diálogo entre os pais, ainda ressentidos e portadores de rancor pelo fracasso do casamento, fato esse que impediria qualquer possibilidade de atuação conjunta do poder familiar, sem dúvida a mediação se torna um caminho a ser pelo menos tentado, para restabelecer a comunicação entre eles, essencial para que continuem a atuar não mais como esposos, mas como pais que serão para sempre.

A guarda compartilhada traz muitos proveitos, pois leva em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e coloca os pais em posição de educadores e protetores dos filhos e não apenas como mero colaborador na sua criação (SOLDÁ e OLTRAMARI, 2012).

Silva (2005, p. 175-176) analisa o processo de mediação na guarda compartilhada, salientando o interesse da criança, quando diz:

Percebemos a grande ajuda que a mediação pode fornecer aos pais no restabelecimento do diálogo entre eles, a fim de que possam exercer a coparentalidade após a ruptura da união, visando ao direito de seus filhos em manter uma ligação igual com ambos e o próprio direito de cada qual, o de criar e educar os filhos, afastando as mágoas e os desentendimentos em busca do direito maior das crianças. Em suma, o que a mediação almeja é a salvaguarda dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade das pessoas, envolvidas num ambiente de conflito familiar, e isso, somente é possível quando chegam todos a um consenso sobre o novo caminho a seguir diante da nova realidade.

No mesmo sentido focam Soldá e Oltramari (2012, p. 80):

Fazendo uso da mediação, o casal deve, em benefício da prole, tentar construir um relacionamento que possibilite aos filhos continuar tendo a companhia frequente tanto do pai quanto da mãe. Dessa forma, se fortalecem os vínculos e a convivência familiar, resguardando o princípio do melhor interesse da criança [...].

Com a instituição da Lei nº. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o qual alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passando a determinar a guarda compartilhada como regra, faz-se por refletir sobre a importância da mediação em tais processos, pois com a guarda compartilhada os pais se tornam cada vez mais presentes na vida dos filhos.

Além disso, segundo Rosa (2010, p. 93) “o uso da mediação poderá contribuir também para que os fenômenos da reincidência processual, da morosidade e do custo elevado das ações judiciais sejam reduzidos [...]”.

Conforme artigo publicado por Ana Paula Gimenez, datado de 02 de maio de 2015:

Com a nova lei da guarda compartilhada, os cônjuges precisam definir como será feita a divisão igualitária de tempo com seus filhos, o que demonstra ser muito viável a utilização da mediação. Poderão discutir e acordar, chegando a uma conclusão ideal para o menor e também para os pais. Mesmo em caso de litígio, agora é admitido o compartilhamento, o mediador poderia auxiliar as partes em um acordo satisfatório. Além de dividir o tempo do menor com ambos os pais, é preciso também definir uma residência fixa, apesar do equívoco da lei em dar um aspecto de alternado à guarda compartilhada. As partes poderiam chegar à conclusão, com a ajuda do mediador, qual seria a melhor residência para o menor. Definir a rotina de um menor não é tarefa simples. É necessário verificar como serão os feriados, dia dos pais e mães, aniversários, natal, ano novo, finais de semana, quem leva e busca na escola, na natação, no ballet, no inglês, entre outras questões rotineiras. Com a guarda compartilhada, é preciso estabelecer qual seria o tempo, direitos e obrigações de cada um deles com a criança ou adolescente. O mediador seria útil no direcionamento destas questões para que as próprias partes concluam a melhor maneira a ser feita. Além disto, mesmo com o tempo dividido, ainda há obrigação de pensão alimentícia. Ambos os pais devem contribuir de acordo com a sua possibilidade e com a necessidade do menor. Ainda deve ser considerada a proporcionalidade. No processo de mediação, o ex-casal pode solucionar estas questões financeiras de uma maneira mais realista, evitando futuros processos judiciais.

Fazendo o uso da mediação, principalmente nos processos de guarda compartilhada, os pais podem vir a arrumar a vida pós-ruptura conjugal de modo que os filhos consigam conviver com ambos de maneira mais agradável, resultando assim no cumprimento do

princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, o que mais se quer é que os filhos tenham a sua saúde e educação assegurada bem como o amor para com os pais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, na qual teve como objetivo analisar a mediação familiar como instrumento de resolução de conflitos principalmente nos que envolvem o processo de guarda compartilhada levando sempre em conta o princípio do melhor interesse do menor, verificou-se primeiramente que, o conceito de família dentro de uma sociedade em transformação também sofreu muitas alterações, no entanto sabe-se que, a família, base da sociedade, nada mais é do que o alento de toda criatura, não podendo de maneira alguma ser ignorada.

Verifica-se que a procura pelo poder judiciário em relação às questões familiares aumentou, ocasionando a morosidade da justiça. E, de certa forma, sabe-se que a espera pela solução de um conflito familiar poder gerar graves consequências. As disputas familiares, tais como a ruptura conjugal, são frutos da má conservação familiar, ou seja, da falta de simples gentilezas, ou até mesmo de conversas, o que ocasiona discussões e consequentes dissoluções familiares.

A disputa pela guarda dos filhos tem aqui o enfoque principal, pois conforme exposto por vários doutrinadores no referido estudo, os filhos, frutos do relacionamento conjugal, são as maiores vítimas. Apenas lembrando que antigamente a guarda dos filhos era imposta a quem usufruía de melhores condições, o que preferencialmente era imposta ao pai, pois a mãe apenas era figura de procriação e serviço doméstico.

Retratou-se a importância do Princípio do melhor interesse do menor, que serve de base para a tomada de decisões principalmente na relação familiar. Com isso passou-se a analisar o poder familiar, visto que antigamente denominado pátrio poder, oportunizava apenas o sentido de poder único, posteriormente, passou a ser exercido por ambos os pais e se faz presente mesmo após a ruptura conjugal, captando assim, a configuração de igualdade. A mulher garantiu a sua independência, fazendo com que o foco das discussões muda-se. Uma das grandes mudanças, ocorreu com a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, na qual, a guarda passou a idealizar o conceito de compartilhamento, podendo ela ser unilateral ou compartilhada, requerida por consenso pelo pai ou pela mãe, ou qualquer um deles e ainda decretada pelo juiz, e, em caso de não acordo entre os pais, a guarda compartilhada seria aplicada sempre que possível, no entanto, surgiram enormes discussões sobre tal dispositivo. Em 22 de dezembro de 2014, a Lei n. 13.058 alterou alguns artigos da lei anteriormente citada e passou a descrever a guarda compartilhada como regra em casos de não acordos dos pais.

No entanto, sabe-se que as disputas familiares, geram grandes discussões, neste contexto, preconizou-se a instituição do processo de mediação nos conflitos familiares, e aqui analisados os de guarda compartilhada.

E, também, recentemente, foi sancionada a Lei da Mediação de nº. 13.140 de junho de 2015, na qual dispõe sobre a mediação como meio de solução de conflitos, consegue-se estabelecer diretrizes para que as disputas de guarda, sendo ela unilateral ou compartilhada, passem anteriormente por um processo de mediação, com a participação de um terceiro, imparcial, que auxiliará os litigantes no que for necessária, com foco para o melhor interesse do menor. Pois assim, os pais conseguem enxergar o que cada um deseja para seus filhos e não apenas idealizar o quanto receberá de pensão, ou quais bens são pertencentes a cada um, ou até mesmo de quem foi a culpa pela dissolução conjugal.

A visão jurisprudencial trouxe posições diversas em relação a aplicabilidade da guarda compartilhada quando persistir conflito entre os pais, conforme pesquisa, anteriormente e posteriormente a lei que colocou a guarda compartilhada como regra quando não houver consenso dos pais, existem posições contra a aplicabilidade da mesma pelo fato de que fere o princípio do melhor interesse do menor, pois acaba fazendo com que os filhos virem objetos de disputas entre os mesmos. Já em posição contrária a defesa é da aplicabilidade da guarda compartilhada, conjuntamente defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, pois os filhos necessitam da convivência de ambos os pais, pois conforme enunciado anteriormente a família mesmo ela não estando mais unida no mesmo lar, ainda são uma família e necessitam do apoio de ambos os pais para uma melhor edificação no seu crescimento.

Mesmo não convivendo mais juntos, os pais necessitam alimentar o pensamento de seus filhos com a certeza de que, pelos fatos ocorridos não existem culpados, e sim, apenas casos não suportados, mas que resolvendo da melhor maneira possível poderão conviver de maneira digna, auxiliando-os na educação, compreensão, auxílio e principalmente amor.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: Um avanço para a família**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Paulo André. Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil – uma análise das interpretações da lei. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIV, n. 32, p. 42-58, Fev./Mar. 2013.

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda compartilhada e mediação familiar – uma parceria necessária. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. IASP, Ano I – n.º 1. Editora Magister, p. 20-36, Jul./Ago.2014.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

_____. **Lei n. 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. **Lei n. 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 dez. 2014. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

_____. **Lei nº13.140**, Lei da Mediação Judicial e Extrajudicial da Guarda Compartilhada. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivilleis.>> Acesso em janeiro/ 2015.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial**. Brasília, 2013, 333p.

_____. **REsp 1428596/RS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014.

CACHAPUZ, Rosane da Rocha. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. (ano 2003), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 8. Ed. rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIELLO, Luiza Carvalho de. **Conselho Nacional de Justiça Apóia o sacionamento por parte do Executivo da Lei de Mediação**, notícia do Senado Federal, de 24/09/2015.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugalidade**. Passo Fundo: UPF, 2003.

GIMENEZ, Ana Paula. Mediação contribui para definição rápida e pacificação da guarda dos filhos. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 2 de Maio, 2015.
<<http://www.conjur.com.br/2015-maio-02/ana-paula-gimenez-mediacao-ajuda-definir-guarda-filhos.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

KEMP, Jaime. **Antes de dizer adeus**. São Paulo: Mundo Cristão, 1999.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIETH, Ricardo Willy. Enfoque social: família e sociedade. **A família numa sociedade em transformação**. Porto Alegre: Concórdia, 2006. p. 27 – 33.

ROSA, Conrado Paulino da. A mediação como proposta de política pública no tratamento dos conflitos familiares. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, RS, ano XIV, n. 15, p. 86 - 93, Abr./Maio. 2010.

_____. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. Jundiaí: Editora de Direito, 2005.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação Familiar: Tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIV, n. 29, p. 74-91, Ago./Set. 2012.

STEYER, Walter Otmar. Enfoque administrativo: família e economia doméstica. **A família numa sociedade em transformação**. Porto Alegre: Concórdia, 2006. p. 117 – 138.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 127 – 144.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; SILVA, Edson Marx e. Nota sobre o “Amor Compartilhado”: um espaço a ser percorrido pelos casais em conflitos familiares e por seus filhos menores de idade no direito de visitas. **Família, cidadania e novos direitos**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013. p. 157 – 164.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. **Agravo de Instrumento Nº 70063464135**, Sétima Câmara Cível, Julgado em 25/03/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz. **Agravo de Instrumento Nº 70063573299**, Oitava Câmara Cível, Julgado em 23/04/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. **Apelação Cível Nº 70035274794**, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/05/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. **Apelação Cível Nº 70038206165**, Sétima Câmara Cível, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/04/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. **Apelação Cível Nº 70061663670**, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09/04/2015.

SITES CONSULTADOS

Lei da Mediação entra em vigor em seis meses. Notícia de 24/09/2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias>> Acessado em novembro de 2014.