

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JÉSSICA DOS ANJOS PONCIANO

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO AUXÍLIO NOS CONFLITOS ENVOLVENDO
GUARDA COMPARTILHADA: UMA MEDIDA DE APOIO À JUSTIÇA FAMILIAR
BRASILEIRA.**

ARACAJU

2017

JÉSSICA DOS ANJOS PONCIANO

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO AUXÍLIO NOS CONFLITOS ENVOLVENDO
GUARDA COMPARTILHADA: UMA MEDIDA DE APOIO A JUSTIÇA FAMILIAR
BRASILEIRA.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. Cristiana Maria Santos Nascimento.

ARACAJU

2017

Ficha Catalográfica

P792m PONCIANO, Jéssica dos Anjos.

A Mediação Familiar Como Auxílio Nos Conflitos Envolvendo A Guarda Compartilhada: uma medida de apoio à justiça familiar brasileira / Jéssica dos Anjos Ponciano. Aracaju, 2017. 50 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Cristiana Maria Santos Nascimento

1. Guarda 2. Conflitos 3. Mediação I. TÍTULO.

CDU 341.92(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira – CRB-5/1255

JÉSSICA DOS ANJOS PONCIANO

A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO AUXÍLIO NOS CONFLITOS ENVOLVENDO
GUARDA COMPARTILHADA: UMA MEDIDA DE APOIO A JUSTIÇA FAMILIAR
BRASILEIRA.

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 02/12/2017

BANCA EXAMINADORA

Cristiana Nascimento

Prof. Me. Cristiana Maria Santana do Nascimento
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Valfran Andrade Barbosa

Prof. Esp. Valfran Andrade Barbosa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Gleyssiane Sá de Oliveira

Prof. Esp. Gleyssiane Sá de Oliveira

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pela sabedoria transmitida e, por ensinar os verdadeiros valores humanos e como o diálogo e o amor constrói uma verdadeira família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço Deus, nosso Senhor Jesus Cristo, fonte de minha existência, minha fortaleza e sustento. Aquele que me fortalece a todos os momentos e encoraja a enfrentar os novos desafios, com a sua santa misericórdia.

À minha amada família e parentes, meu alicerce para a vida. É nela onde encontro abrigo em todos os meus momentos. Agradeço em especial, a minha mãe Norma, meu pai Marcelo e minha irmã Marcela. Em vocês encontro o verdadeiro ninho de amor. Obrigada por me proporcionar momentos felizes. Obrigada por toda base educacional oferecida, onde não mediram esforços sobre as minhas conquistas. Aos meus pais, obrigada pelas palavras e conselhos que somente pais que ama sua família podem oferecer aos seus filhos.

Agradeço a todo apoio espiritual que recebi dos meus irmãos da Comunidade Shalom. Sou grata pelos momentos de interseção e conselhos de cada uma vocês. Da mesma forma, agradeço aos meus acompanhadores e pastores por cada palavra partilhada e momentos de escuta, as quais me fizeram conquistar as maravilhas que Deus preparou para mim.

Agradeço em especial ao noivo Paulo Roberto. Sou grata pela paciência e dedicação a mim dedicada. Por cada palavra, por cada gesto de carinho e ternura oferecido. A você, meu amigo, meu companheiro, meu noivo e futuro esposo, agradeço com profundo amor, por não me fazer desistir em nenhum momento. Palavras são poucas diante de tamanho amor que me tem oferecido. Também, sou grata a família Almeida Nascimento, pela sabedoria adquirida durante todos esses anos. Minha eterna gratidão a todos vocês, os quais fazem parte da minha conquista

À minha orientadora, Cristiana Maria Nascimento. Obrigada pela paciência, dedicação, profissionalismo e por ter me acolhido como orientanda. Levarei para sempre como exemplo sua simplicidade, dedicação, cada palavra e atitude. Que o nosso bom Deus vos abençoe sempre.

À todos os meus queridos Mestres, em especial ao professor Everton ,Prof. José Carlos, Professora America Nejaim, Prof. Kleidson, Prof. Marcelo “Pontinho”, Prof. Marcel , Prof. Alessandro Buarque ,enfim a todos vocês , agradeço pelo

exemplo de profissionalismo e amor a profissão. Obrigada pelas palavras e conselhos acolhidos ao longo desses cinco anos.

Aos meus amigos, desde o primeiro período até hoje. Obrigada pelos alegres momentos no “cafezinho da manhã”. Vocês são parte da minha história acadêmica e levarei cada um de vocês em meu coração sempre. Em especial, agradeça a minha querida amiga Vivian, esse exemplo de mulher guerreira, que jamais irei esquecer dos bons momentos vividos.

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos”. (Marcel Proust)

RESUMO

O casamento, antes considerado conservadorista, passou a tomar novos rumos na sociedade. Como consequência, o divórcio e as separações dos casais tornaram-se constantes ao longo da história, formando conflitos até então existentes. Diante das desavenças familiares, muitos aspectos subjetivos são envolvidos, atingindo, sobretudo, os filhos. Em meio a essa discordância surge a guarda compartilhada como um modelo inovador, estabelecendo direitos e obrigações equilibradas para os genitores. Este modelo de guarda apresenta suas vantagens e desvantagens em relação a outros modelos de guarda, aplicando-se o que melhor se adequa aos interesses dos genitores. E para melhor aplicação é necessário entendimento mútuo entre os conflitantes, o que necessita de diálogo e compreensão dos envolvidos. Como medida de apaziguamento dos litígios familiares, surge a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos, sobretudo, nos quais envolvem a guarda compartilhada, uma maneira de resolução conflitual inovadora no direito familiar. A medida que os conflitos são resolvidos de forma consensuais, a eficácia da justiça familiar torna-se mais ampla e favorável.

Palavras-chave: Família. Guarda. Conflitos. Mediação

ABSTRACT

Marriage, once considered a conservative, began to take its course in society. As a consequence, divorce and the separations of couples became constant throughout history, forming conflicts until then existing. Faced with family disagreements, many subjective aspects are involved, affecting, above all, the children. Amid disagreement, shared guarding emerges as an innovative model, establishing balanced rights and obligations for the parents. This guard model presents its advantages and disadvantages in relation to other guard models, applying what is best suited to the interests of the parents. And for better application it is necessary to have mutual understanding between the conflicting ones, which requires dialogue and understanding of those involved. As a means of appeasing family disputes, mediation arises as an alternative means of resolving conflicts, especially in which they involve shared custody, an innovative conflict resolution in family law. As conflicts are resolved in a consensual way, the effectiveness of family justice becomes broader and more favorable

Keywords: Family. Guard. Conflicts. Mediation

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A PROBLEMÁTICA DOS CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA.	13
2.1Direito de Família à luz da Constituição Federal e do Código Civil.....	13
2.1.1 Princípios Constitucionais aplicado ao Direito de Família.	15
2.2 Relação familiares: Do conservadorismo aos dias atuais.....	19
3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA	26
3.1 Conceito e evolução da Guarda.....	26
3.2 Modalidades de Guarda	27
3.3 Visão Contemporânea sobre a Guarda Compartilhada	29
3.4 A Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada	32
3.5 .Aspectos Sociais da Guarda Compartilhada: Vantagens e Desvantagens.	34
3.5.1 Vantagens.	35
3.5.2 Desvantagens	36
4 A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO AUXÍLIO NA GUARDA COMPARTILHADA ...	38
4.1 Conceito e característica da mediação	38
4.2 O papel do mediador.....	41
4.3 Mediação no novo Código de Processo Civil	43
4.4 Mediação Familiar	45
4.5 Mediação no tratamento da guarda compartilhada.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O Direito familiar, ao longo dos anos, tomou novas formas de abordar os conflitos gerados pelas famílias, assim como os novos caminhos tomados pelo poder familiar.

Diante de tantas maneiras de se construir uma família, destaca-se os litígios e as separações conjugais, as quais tem tornado-se cada vez mais constante, principalmente quando envolve filhos.

Sendo assim, destaca-se a Guarda Compartilhada como a mais eficaz para a manutenção e comprometimento entre pais e filhos pós-rompimento, resguardando o melhor interesse do menor.

A busca pelo sucesso e alternativas favoráveis nos conflitos impulsiona a conquista de meios favoráveis para o apaziguamento de conflitos. Deste modo, procura analisar como a aplicação de medidas extrajudiciais de resolução conflituais favorece um cenário mais eficaz em meios a litígios nas separações conjugais.

Por esta razão, surge a mediação no tratamento de conflitos envolvendo a guarda como importante auxílio à justiça no apaziguamento de decisões conflituosas, contribuindo para a eficácia da justiça familiar.

Este trabalho surge com o objetivo geral de analisar a mediação familiar como auxílio no tratamento de conflitos envolvendo a guarda compartilhada.

Para elucidar o tema, foram expostos os seguintes objetivos específicos acerca da temática: explicar como a problemática dos conflitos no direito de família, conhecer o processo de guarda compartilhada nos dias atuais e analisar a atuação da mediação familiar como auxílio no tratamento de guarda compartilhada.

Para atingir os objetivos proposto esse trabalho foi dividido em três capítulos, através de uma metodologia descritiva e explicatória, somando-se a pesquisa em doutrina e artigos atuais sobre o tema.

O primeiro capítulo tem por finalidade explicar como as relações entre conflitos e direito de família. Procurou-se, a princípio, demonstrar o direito de família

à luz da Constituição e ao Código Civil, relacionando os princípios que o regem. Em seguida, há a tentativa de demonstrar as relações familiares dos primórdios aos dias atuais, relacionando-se com o pátrio poder e a formação de conflitos.

No segundo capítulo, elucida sobre o Instituto da guarda compartilhada, passando a conhecer anteriormente, sobre o conceito e evolução de guarda e suas modalidades. Até então entrar no contexto da guarda compartilhada nos dias atuais, explicando as suas obrigatoriedades através das legislações vigentes, finalizando com os aspectos sociais, positivos e negativos, que marcam.

Por fim, terceiro e principal capítulo o qual converge toda a temática e objetivo do trabalho. Através de uma análise sobre mediação, buscaram-se seus conceitos e características marcantes, como também a atualização acerca de sua aplicação frente ao novo Código de Processo Civil. Buscou-se também contextualizar a mediação familiar, e, finalmente, analisar a sua atuação frente aos conflitos envolvendo a guarda compartilhada.

2 A PROBLEMÁTICA DOS CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA.

2.1 Direito de Família à luz da Constituição Federal e do Código Civil.

O século XXI surge com esperança de encontrar soluções adequadas para os diversos problemas dentro da esfera do Direito de família, pelas inovações e mudanças, inversões de valores, pelo liberalismo, conquista do poder feminino assumindo papéis decisivos, pelo convivente buscando a proteção da união afetiva pela alteração dos padrões de educação do filho etc. (Diniz, 2009, p.20)

Tais alterações são acolhidas de modo à preservar a coesão familiar, dando um tratamento moderno em relação à realidade social, atendendo as necessidades da prole, assim como argumenta a autora citada no parágrafo anterior.

Nos dizeres da autora Rozane Cachapuz:

O Direito de Família até o advento da Constituição de 1988 tinha seus princípios solidificados em nossa legislação civil, mantendo um conteúdo da família romana patriarcal, hierarquizada, onde a desigualdade entre os cônjuges prevalecia e o casamento era a única forma de constituição da família, protegida pelo Estado. (CACHAPUZ, 2011,p.92)

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma abordagem mais democrática em relação às demais constituições. O foco do legislador voltou-se a o coletivo sem deixar de lado o individual com atenção especial aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O art. 226 da Constituição federal reconhece a família como base da sociedade protegida pelo Estado:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações

Nas palavras de Cunha (2010) em seu artigo publicado sobre conceito da família e evolução histórica, a Constituição de 1988 confirmou normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro ao mesmo tempo em que garantiu o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, a proteção e tratamento dos filhos dentro ou fora do casamento e novas formas de entidades familiares.

Nessa atual abordagem, a família foi reconhecida como base da sociedade, recebendo toda a proteção do Estado. Segundo Gonçalves (2010, p.21-22), a nova ordem promulgada trouxe consigo transformações, sobretudo, no Direito Familiar, o qual absorveu valores priorizando a dignidade da pessoa humana, analisados a partir dos eixos da variedade familiar, da alteração do sistema de filiação e o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

A nova visão democrática constitucional e suas inovações nortearam para a aprovação do Código Civil de 2002 trazendo mudanças ao sistema civil codificado. Nesse sentido, o professor Miguel Reale (2017) ressalta em seu artigo:

A nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência.

Através da análise histórica, desde as primeiras Constituições até a formação do código civil de 2002, observa-se a família como base da sociedade e formadora de princípios e identidades pessoais. No entanto, Patrícia Rodrigues (2009) em seu artigo sobre a família contemporânea, dá enfoque ao contemporâneo entendendo-se como entidade familiar como um grupo social fundado, essencialmente, nos laços de afetividade.

Desse modo, a mesma autora ainda argumenta a clara abertura para o conceito familiar atual e sua principal função destacando a família como espaço de integração social, afastando concepções individualistas e egoístas, visto que, paradigmas atuais são incorporados a nova visão familiar.

As alterações ocorridas na Constituição Federal de 1988 e no Código civil de 2002 ressaltam a função social da família no Direito Brasileiro no tocante a igualdade absoluta dos cônjuges; disciplina a guarda e proteção dos filhos, como também, asseguram a proteção da educação junto com deveres e obrigações dos pais em relação aos seus genitores.

Consoantes as modernas transformações, novos modelos familiares vêm surgindo, sendo alinhados e protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro garantido a preservação dos seus Direitos e a dignidade da pessoa humana.

Diante das novas concepções jurídicas, a busca pelos plenos direitos e suas recíprocas obrigações vêm se estendendo no judiciário. À medida que novos conceitos sociais vêm surgindo e ganham forças, o sistema jurídico buscar equilibrar e adaptar essas novas relações as relações pertinentes, sobretudo quando há prevalência de aspectos subjetivos.

A ideia de igualdade entre gêneros, pluralismo familiar e proibições de designações discriminatórias ainda não é bem compreendido frente à atual sociedade. Esta não compreensão gera a busca de soluções e adequações a atual realidade familiar.

Diante desse aspecto, o sistema jurídico, através de grandes debates jurisprudenciais, procura analisar a problemática dos conflitos envolvendo família frente aos novos desafios utilizando instrumentos capazes de equilibrar diversos conceitos a atual realidade.

2.1.1 Princípios Constitucionais aplicado ao Direito de Família.

Princípios é o que podem ser vistos como norteadores para melhor compreensão e aplicabilidade do Direito. Assim como entende Humberto Theodoro Júnior (2014, p.49):

No estudo de qualquer ramo do direito é muito importante pesquisar os seus princípios, visto serem eles o caminho para alcançar o estado de coisas visado na aplicação do conjunto de normas analisados.

Neste mesmo sentido, Fernandes (2013) explica que os princípios, nessa vertente contemporânea, passam de ser uma fonte interpretativa e integralizada

para ser fonte principal quanto a aplicações de regras. Ao passo que, Cristiano Chaves de Farias (2015, p.55) destaca ser necessária a atuação dos princípios, sendo eles vitais e fundamentais para o direito de família, pelo os quais não seria possível chegar a um ideal de justiça.

A atual Magna Carta vem modificar a atuação dos princípios conservadores de antigas legislações, trazendo uma nova atuação principiológica e novos critérios interpretativos em relação as leis atuais, segundo Cachapuz (2011, p.88).

Por sua vez, o Direito Civil, através do código de 2002, procurou adaptar-se a nova ordem social e legislativa das últimas décadas incorporando aspectos sociais do Direito de Família a luz dos princípios e normas constitucionais, como afirma Gonçalves (2012, p.21).

Diante de uma análise acerca dos princípios que conduz o Direito de Família, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, como referenciado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Observa-se a dignidade como base do Estado democrático de Direito e sustentáculo do ordenamento jurídico atual. Desde então, o legislador, a partir desse princípio, começou a olhar o homem voltado a suas qualidades humana e existencial.

Trata-se de uma norma de suma importância, pois vincula todo o ordenamento jurídico a sua orientação. Diante disso, o advogado Elpidio Donizetti (2012) faz a seguinte afirmação:

Dignidade humana é o valor supremo a ser buscado pelo ordenamento jurídico, é o princípio basilar a partir do qual decorrem todos os demais direitos fundamentais – norma fundante, orientadora e condicional, não só para a criação, interpretação e aplicação, mas para a própria existência do direito.

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do direito. Seu sentido ideológico e histórico está compreendido nas relações humanas. Por essa razão, esse princípio surge como uma tutela do Estado para o homem em relação

a sua importância pessoal como também possibilita manter firme suas relações afetivas e familiares.

Outro princípio analisado é o referente a Igualdade Jurídica entre os cônjuges, estabelecido no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

Considerado por Cachapuz (2011, p.92) como o princípio mais revolucionário na estrutura familiar em termos de igualdade entre cônjuges e quanto ao exercício de deveres e obrigações quanto na estrutura matrimonial tanto na estrutura social. De fato,

A ideia de igualdade extinguiu o modelo patriarcal existente nas décadas passadas. No entanto a nova ordem constitucional considerada como a mais democrática, regularizou a igualdade entre as relações pessoais, sobretudo, entre cônjuges e companheiros, como confirmas as palavras de Lopes (2009):

A partir da instituição do dispositivo a mulher sai da relação de subordinação, neste momento ela se equipara ao marido em direitos e deveres no seio da família. A lei Maior, assegurou de forma plena a igualdade de direitos entre os cônjuges, a família agora é baseada na divisão das obrigações e no compartilhar dos ônus e bônus que vierem a acarretar marido e mulher.

Com esse princípio, Diniz (2009, p.27) afirma que o poder marital desaparece e o autoritarismo do chefe da família é substituído por decisões tomadas, agora, em acordo entre marido e mulher ou conviventes, pois os tempos modernos requer a mulher colaboradora do homem e não subordinada para que haja paridade entre direitos e deveres entre os companheiros

O princípio da igualdade jurídica dos filhos, como reza artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos sem discriminação ou diferenciação, dão contrário do que existia no código de 2016.

Ao contrário da legislação atual, filhos considerados em circunstância fora do casamento, não recebiam os direitos conforme os genitores legítimos possuíam.

Hoje, todos os filhos em qualquer circunstância são considerados legítimos, sendo garantido toda a proteção e guarda do responsável:

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.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Sobre esse princípio Maria Helena Diniz (2009, p.27) ensina que “não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo, quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais [...]”. Desta maneira a proíbe-se que se escondam filhos originários fora do matrimônio. Logo, o reconhecimento deverá ser para todos os genitores.

Outro princípio é o da paternidade responsável e planejamento familiar, disposto no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, também assegurado nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil.

Cardin (2009, p.6) conceitua paternidade como “a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.” De tal modo, Cristiano Farias em seus argumentos, afirma sobre o planejamento familiar com a seguinte afirmação:

O propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção.

Há de se levar em conta, ainda, os problemas que decorrem, naturalmente, do crescimento demográfico desordenado e, por isso, ao Poder Público compete propiciar recursos educacionais e científicos para a implementação do planejamento familiar. (FARIAS, 2016, p.104)

Fundamenta-se esse princípio na dignidade da pessoa e na responsabilidade dos cônjuges e genitores. Logo, é de livre decisão do casal sobre o método de planejamento familiar sendo regulamento pela lei 9.263/96.

O princípio do pluralismo familiar reconhece a família matrimonial e outras entidades familiares. Na verdade, o conceito de família vem sendo modificado há décadas, com novos formatos familiares construído na sociedade e sendo esse vínculo reconhecido pela legislação pertinente

Nas visões de Gonçalves (2012, p.25), o reconhecimento da união estável e casamentos homoafetivos possibilitam ter uma comunhão baseada em relacionamentos afetivos alargando o conceito de família afastando o pressuposto de casamento e diferenciação d sexo.

Dessa maneira, Farias ressalta:

[..] a família deve ser notada de forma ampla, independentemente do modelo adotado. Seja qual for a forma, decorrerá especial proteção do Poder Público. Gozam, assim, de proteção tanto as entidades constituídas solenemente (como o casamento), quanto as entidades informais, sem constituição solene (como a união estável).(FARIAS, 2016,P.61)

Por fim, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, o qual não se encontra expresso na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ele decorre do princípio do melhor interesse com critérios interpretativos e com cláusulas sustentadas pelos direitos fundamentais, como explica Camila Gonçalves (2017) em seu artigo. Esse princípio consagra-se na dignidade da pessoa humana, afirmando a dignidade da criança e do adolescente positivado na doutrina integral, através do art.227 da Constituição Federal, *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.

Logo, a clara influência do programa constitucional orientado para a democracia também sobre as normas da infância, reconhecendo-se às crianças e adolescentes a dignidade, a liberdade e a autonomia, torna-se exigível o direito de participação. (GONÇALVES, 2017)

2.2 Relação familiares: Do conservadorismo aos dias atuais

Ao longo dos últimos séculos as relações familiares vêm se transformando. Novos conceitos e valores vêm sendo agregado a este grupo social, influenciado por pessoas e instituições.

A autora Maria Berenice Dias (2010, p.27) explica seus pressupostos sobre família através do vínculo afetivo, o qual leva ao ser humano a buscar pela companhia rumo ao projeto da felicidade. Esse fato subjetivo e natural leva a família ao agrupamento informal sendo estruturada através da intervenção social.

A autora citada anteriormente ainda alega que:

As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, que cumpre sua vocação conservadoras. A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do direito. (DIAS, 2010, p.27)

O reconhecimento familiar no direito surgiu no período onde a figura do Estado era soberana. Uma época marcada pelo conservadorismo e opressão. Conforme explicado no artigo “Masculino e feminino na família contemporânea” de Maria Creuza Negreiro:

No “modelo antigo” os dois sexos são concebidos como “naturalmente” diferentes, tanto bio-psíquica como socialmente. As identidades masculinas e femininas configuram-se demarcadas com precisão - o que cabe a um exclui o outro, quer em comportamentos, atitudes, sentimentos, inclinações ou interesses. (NEGREIROS, 2004)¹

Ainda nos dizeres da autora citada no parágrafo anterior, o casamento era considerável indissolúvel e dividia-se em duas ordens de responsabilidade moral. A figura masculina era a principal, fundada na virilidade e no trabalho. Considerava-se o homem como responsável pelo sustento da casa, manutenção econômica e proteção dos seus membros. Já a mulher era alçada na fidelidade conjugal e responsável pela educação e cuidados dos filhos e do lar.

Quantos aos filhos, apenas os legítimos eram considerados como membro da família. Sendo assim, os genitores eram submetidos às ordens patriarcais, tendo a figura do pai como exemplo a ser seguido. Quanto à mãe, restava-lhe apenas a responsabilidade da educação e os deveres domésticos a serem cumpridos.

Grandes mudanças nas perspectivas socioculturais e históricas foram observadas ao longo desses anos. A democratização e novos conceitos sociológicos contribuíram para a mudança nas relações familiares.

¹ A autora citada utiliza a expressão “modelo antigo” para explicar a formação das famílias anteriores a atuais. O “modelo antigo” está relacionado a formação tradicional do pai, figura masculina, a mãe, figura feminina, e seu filhos.

Marta Almeida dos Santos (2014), a cerca dessas mudanças, utiliza-se da seguinte argumentação:

A constituição familiar deixou de ser uma unidade de produção e assumiu o papel de “unidade de consumo”, isso porque houve perda do sentido da palavra ao longo da história. Em consequência disso, o amor, a sexualidade, o casamento, a família e o trabalho, os quais antes viviam por meio de papéis pré-estabelecidos passaram a ser gerados num projeto onde prevalece a individualidade, e assim alcança cada vez mais uma importância social, bem como implicações nessas relações familiares.

Dessa feita, percebe-se a importância das relações familiares, da época soberana aos dias modernos, como um todo na formação do indivíduo. Uma vez que, será através da família onde sairão os indivíduos que irão compor a sociedade, seja de forma positiva ou negativa.

2.3 Conflitos nas relações familiares.

Conforme demonstrado anteriormente, as relações familiares vêm se alterando. Cada vez mais as famílias vêm tomando conceitos modernos, absorvendo ideologias, estabelecendo assim, um novo paradigma social.

O casamento, antes considerável indissolúvel, agora pode ser desfeito a qualquer momento. Dessa forma, homens e mulheres são iguais perante seus deveres e obrigações frente à família. E assim novas mudanças surgem, buscando um enquadramento na ordem social.

Ao passo que surgem núcleos familiares, esses também são desfeitos. Esses rompimentos, por sua vez, causados pela separação ou pelo divórcio, ocorrem de maneiras não muito “amigáveis”, gerando discórdia e conflitos entre familiares.

No ponto de vista do colunista do Portal educação (2017):

A palavra conflito está ligada à discórdia, divergência, dissonância, controvérsia ou antagonismo. As pessoas nunca têm objetivos e interesses idênticos. As diferenças de objetivos e interesses produzem o conflito. Além da diferença de objetivos e interesses, deve haver necessariamente uma interferência deliberada de uma das partes envolvidas.

Azevedo (2009, p.27) *apud* Macedo (2016, p.124) define conflito como “um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”.No entanto, Rosa Maria Macedo (2016, p.124) ainda explica que os conflitos podem se

manifestar de interesses diversos, sendo eles subjetivos ou concretos, expressados por diferentes formas de comunicação.

Nos dizeres de Norma Emiliano (2008):

Nos diversos relacionamentos, as diferenças individuais quanto às percepções e necessidades emergem, pois, cada pessoa forma a sua própria percepção e tem necessidades num determinado momento. Essas diferenças no contexto relacional tornam-se as bases dos conflitos.

As relações familiares são consideradas complexas, onde as diferenças são cada vez menos percebidas como oportunidades e acabam sendo transformadas em transtorno. Ainda nas palavras da autora acima citada, as diferenças acabam sendo levadas como um conflito de interesses percebido como insulto ou desamor.

Podem-se encontrar diversas formas de conflitos em qualquer tipo de relacionamento, seja ele entre marido e mulher, entre família como um todo, entre pais e filhos e muitas vezes mal resolvidos.

Quando há questões mal resolvidas entre casais, de alguma forma ou de outra os filhos se envolvem. Em meios as brigas conjugais a maior consequência, sobretudo, está sobre os filhos. Esses conflitos, muitas vezes, geram discórdias e complicações psicológicas e emocional marcando desde a fase de criança até mesmo na fase adulta.

2.4 Poder Familiar

A maneira de exercer esse poder sempre foi condicionada as linhas familiares. Para Fabíola Albuquerque (2004, p.2), configurou-se em consonância a estrutura familiar, ou seja, quanto mais hierarquizada e desigual, mais poderoso seria o poder do pai em relação a filhos e mulheres. Com o passar do tempo, ocorriam quebras de concepções à medida que se verificava novos paradigmas no seio da estrutura familiar.

A expressão “poder familiar” corresponde ao antigo pátrio poder, expresso no antigo Código Civil de 1916. Esse termo está relacionado ao antigo direito absolutista e limitado ao chefe da família. Para Dias (2010, p.416-417) o vocábulo

pátrio poder surgiu de uma conotação machista, pois apenas a figura do pai era vista em relação aos filhos.

As desigualdades eram constantes, soma-se a isso, o hierarquismo e a suspensão de direitos entre os membros da família. A mulher e os filhos menores recebiam tratamentos isonômicos, restringindo-se ao poder patriarcal.

A expressão Poder Familiar é novo em nosso vocabulário. Buscando delimitar o conceito de Poder Familiar, Maria Helena Diniz (2009, p.571) explica:

É o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoas e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

No mesmo sentido Grisard (2006, p.33) conceitua:

[...] é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.

O poder familiar é caracterizado por ser irrenunciável, ou seja os pais não podem renunciar a ele nem transferir a outrem. Além disso, é indelegável, imprescritível, incompatível com a tutela. Esse poder caracteriza-se, também, por ser uma relação de autoridade.

De fato, esse conjunto de direitos e obrigações dos pais aos filhos, tem como finalidade “proteger o ser humano, que desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e bem.” (DINIZ, 2009. p.571)

O Código Civil, por sua vez amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, fundamenta todo o instituto do poder familiar.

Quanto à titularidade do poder familiar, a sua abrangência está relacionada às famílias matrimônios unidas pelo casamento ou união estável, sendo os pais plenamente capazes de exercer o poder. Art. 1631, Código civil, *in verbis*:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Abrange também em situações anormais, relacionadas a membros familiares separados segundo o art.1.632 do Código Civil de 2002:

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.

Além dessas situações consideradas anormais, existem outras formas de exercício do poder família. A exemplo do artigo 1.633 do Código Civil, quando o poder é exercido exclusivamente pela mãe. Também quando se fala em família não matrimônias e adoção, deverá existir a titularidade do poder.

Apesar de que, o Código Civil de 2002 em consonância com a Constituição Federal igualou direitos e deveres entre homens e mulheres no matrimônio, existem situações em que um dos cônjuges não é apto para exercer o cuidado e proteção aos filhos. No tocante a isso, a guarda e proteção ficarão a cargo da mulher ou de quem estiver mais apto, caso o poder familiar tenha sido suspenso ou destituído.

O conteúdo do Poder familiar está relacionado quanto à pessoa do menor, tanto aos bens pertinentes a esse. O artigo 1.634 do Código Civil enumera os deveres e obrigações dos pais em relação aos seus filhos, sendo eles: dirigir-lhe educação e criação; tê-lo em sua companhia e guarda; reclamá-lo de quem legalmente o detenha; conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casar; nomear-lhe tutor; representá-lo até os 16 anos e assisti-lo após essa idade, até atingir 18 anos; e, por fim, exigir que lhes preste obediência e respeito e serviços próprios de sua idade e condição.

Maria Berenice Dias (2010, p.426) argumenta em seus dizeres que é dever dos pais o poder familiar a ser exercido em interesse dos filhos a fim de defender os menores que ali vivem. Havendo o inadimplemento dos encargos e o descumprimento dos encargos, poderá haver suspensão ou até extinção do poder exercido dos pais em relação aos filhos.

Gonçalves (2015, p.140b) constitui a finalidade do poder familiar como sendo “uma sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com o intuito punitivo, mas para proteger o menor.” Logo, é improprio a menos gravosa infração.

As causadas determinantes de suspensão do poder familiar estão dispostas no artigo 1.637:

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

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão

A suspensão poderá é temporária até somente quando se mostre necessária. É também facultativa, como também pode referir-se unicamente a determinado filho.

Quando a sanção é mais grave que a suspensão, poderá haver a destituição do poder familiar. Sobre essa destituição, Maria Helena Diniz (2009, p.573) conceitua como:

Uma sanção mais grave que a suspensão, imposta, por sentença judicial, ao pai ou mãe que pratica qualquer um dos atos que a justificam, sendo, em regra, permanente, embora o seu exercício possa restabelecer-se, se provocado a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou; por ser medida imperativa abrange toda a prole e não somente um ou alguns dos filhos.

Segundo Diniz (2009), o descumprimento dos deveres legais postos aos pais poderá ser causas de sanção. Em outras palavras, o descumprimento dos deveres e obrigações deverá resultar em destituição, suspensão e até mesmo a perda do poder familiar.

Por fim, extingue-se o poder familiar quando houver a morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação dos filhos, maioridade dos filhos ou pela adoção. O poder familiar deverá ser exercido pelos pais sobre seus genitores no que diz respeito ao cuidado, proteção e demais interesses do menor tendo como base características e abrangência sobre a titularidade o pátrio poder.

3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Conceito e evolução da Guarda

Para Fontes (2009, p.21), o antigo sistema patriarcal do século XIX, o pátrio poder e a guarda dos filhos eram exercidos, exclusivamente, pelo pai enquanto a mãe se submetia as suas determinações. A mulher era considerada incapaz de exercer atos da vida civil e dividir os deveres relativos ao matrimônio devido à ideologia que caracterizava a época.

O antigo Código Civil de 1916, cheio de conservadorismos, considerava o casamento indissolúvel. Havendo uma separação, a guarda dos filhos menores seria exercida pelo cônjuge "inocente" punindo o culpado pela separação. No caso de serem ambos os pais culpados, os filhos permaneceriam aos cuidados da mãe. Ou seja, era um sistema nitidamente opressor e punitivo, desprezando o direito da criança, na visão de Maria Berenice Dias (2010, p.432).

O surgimento de novos valores e ideologias nos séculos seguintes trouxe profundas mudanças, sobretudo, aos papéis parentais. Assim como, a revolução sexual, a inserção das mulheres no mercado de trabalho levou a uma mudança na estrutura familiar.

A Constituição Federal de 1988 consagrou através de seus princípios a igualdade entre homens e mulheres aos mesmos direitos e deveres no matrimônio. Para Dias (2010), o novo ordenamento jurídico banuiu a discriminação e produziu reflexos significativos no poder familiar, sobretudo com relação às crianças e adolescentes.

O Código Civil de 2002 incorpora os princípios da Constituição em vigor, estabelecendo diretrizes com referências a guarda. "A inovação rompeu com o sistema que vincula a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges" (GONÇALVES, 2012, p.291).

Do mesmo modo, Moreira (2010) em seu artigo, afirma que o conceito de guarda é amplo, advém da necessidade de cuidados e proteção que dependem os menores. Implica a preservação do crescimento, educação, saúde, formação, além da saúde física e psíquica.

Maia Helena Diniz (2009, p.625) define a guarda como um instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato. Na verdade, quando se fala em guarda dos filhos, submetem-se a dissolução de laços amorosos. E, tratando-se de rompimento conjugal, não há como deixar os filhos fora do conflito. De alguma forma,ressalta Maria Berenice Dias (2010,p.434) querendo ou não, os genitores são afetados sofrendo as consequências da dissolução do matrimônio.

Destes conceitos, interessa observar que todos abrangem o Direito de família, desdobrada nos artigos do código civil e protegida pela Magna Carta. Devido a isso, deve-se sempre dar prioridade aos interesses do menor. Em questão de família, o Estado é investido de pleno poder para permitir a defesa da criança e do adolescente como também decidir sobre os critérios estabelecidos na legislação pertinente.

3.2 Modalidades de Guarda

Com o rompimento conjugal surge a necessidade do estabelecimento da guarda. Não havendo mais convívio entre os cônjuges, surgem novos deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos em decorrência da ruptura familiar.

O sistema jurídico assegura o instituto da guarda através do código civil e da lei nº11.698 de junho de 2008, regulamentando a guarda unilateral e guarda compartilhada.

A Guarda Unilateral, também denominada como exclusiva ou única², é a modalidade, em que o filho ficará com a guarda de quem tiver maior aptidão para propiciar os cuidados básicos como saúde, educação, segurança. Ou seja, quem tem aptidão de cuidar daquela pessoa em desenvolvimento.

Para Gonçalves (2012, p.293), esta tem sido a forma mais comum. A guarda unilateral é exercida por um dos cônjuges, enquanto o outro tem a regulamentação das visitas. Tal modelo apresenta incontestas ao menor, devido à falta de convivência diária e contínua de um dos genitores.

² Definida a guarda exclusiva ou única Por Simone Roberta Fontes (2009, p.43)

O pai que não ficou com os filhos tem direito de visita, geralmente a cada quinze dias. Também terá direito a convivência de férias e dias festivos. Possui o direito de pernoite pelo menos uma vez na semana.

A lei define critérios para os pais quanto a esta modalidade. Não há quantidade máxima ou mínima de visitas. O que deve ser levado em conta é o contexto de vida da criança ou do adolescente.³ Também terá direito de acompanhar o processo pedagógico da escolha dos filhos, tendo as instituições escolares, a obrigação de prestar informações por determinação do Ministério da educação.

A Guarda Unilateral não é definitiva. Ela pode ser alterada a qualquer momento seguindo critérios estabelecidos em lei. Assim, considerando as palavras de Lourenço (2016), também se torna uma desvantagem devido ao afastamento de um dos genitores da companhia dos filhos, podendo a vir ser rejeitado pelo guardião, resultando em diversos distúrbios psicológicos que poderão permanecer até mesmo na vida adulta.

Outro modelo é a guarda alternada. É caracterizado pelo período de guarda alternado em determinados períodos, podendo ser semanal, mensal ou anual. “Ao mesmo tempo dos períodos, os papéis se invertem” (Fontes, 2009, p.43).

No mesmo sentido, os tribunais vêm admitindo esse tipo de guarda, como a decisão a seguir, por exemplo:

Diferente do que postula o agravante, o pedido não apresenta natureza de "guarda compartilhada", mas sim, de aumento da "convivência paterna", em um típico molde de "guarda alternada", ficando o filho 15 dias com a mãe e 15 dias com o pai. Caso em que a decisão vergastada, que já deferiu o alargamento da convivência paterna, em sede liminar, deve ser mantida. Eventual pedido de convivência alternada que somente pode ser deferido após o aprofundamento da cognição. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015).

Enfim a modalidade principal deste trabalho, a guarda compartilhada, tem como objetivo atender os interesses do menor. Nesse modelo o pai e a mãe dividirão responsabilidades e despesas em relação a criação dos filhos. Isso

³ A lei em questão trata-se das regras do Código Civil.

significa o equilíbrio entre direitos e obrigações, como também, o convívio entre pais e filhos.

Firmada pelo artigo 1583, parágrafo 1º do Código Civil atual, com redação dada pela lei 11.698/2008, esse modelo vem a ser utilizado nas varas de família, com base na cooperação mútua entre os separados ou divorciados com vista ao comprometimento de ambos os pais no cuidado dos filhos, com o objetivo de encontrar uma solução para todos os envolvidos.

Este modelo de guarda propôs solução para todas as partes (pais e filhos). Busca-se uma solução de interesses tendo como referencial o filho. Diferente da Guarda Unilateral, o compartilhamento de guarda garante uma convivência longa entre pais e filhos. Não há restrições quanto ao número de visitas, nem tão pouco um responsável apenas, para todos os cuidados. Os critérios de rotina e convivência deveram ser estabelecidos pelos pais, importando "numa relação ativa e permanente entre eles e os filhos." (GONÇALVES, 2012, p.295)

3.3 Visão Contemporânea sobre a Guarda Compartilhada

Historicamente os filhos ficavam sob os cuidados e proteção materna, devido ao antigo sistema patriarcalista e machista onde o homem era absolutamente incapaz de exercer tarefas maternas. Em outras palavras, o dever de cuidar dos filhos, do marido e das tarefas domésticas era exclusivamente da mulher. Também cabia a ele, o dever de cuidar da prole, caso houve a separação conjugal. Caberia, portanto, ao homem da casa, o sustento econômico e proteção do lar. Ou seja, de nada valia o papel feminino nas épocas anteriores Grisard Filho explica:

Com o reingresso da mulher de trabalho, fato que se generaliza a partir da segunda metade deste século, mudam-se as regras, tanto no âmbito social como no familiar. Voltam os homens a assumir mais responsabilidades no lar e a querer participar mais ativamente na vida de seus filhos, incluindo os cuidados físicos.(FILHO,2005,p.125)

Hoje os valores mudaram. Maria Berenice Dias (2010, p.437) explica que as novas legislações asseguram ambos os genitores a comunhão de responsabilidade, dividindo os deveres e obrigações referentes à autoridade parental. Esta autoridade exclusiva não mais se limita apenas um dos pais fiscalizarem a manutenção e educação dos filhos. Os dois precisam compartilhar do poder familiar, quando aptos.

Rocha (2015) explica em seu artigo que a modalidade de guarda exclusiva foi a mais utilizada na história do poder família, a qual se restringe apenas a um dos pais, exercendo os direitos e deveres, unilateralmente, concernente a prole. Na maioria dos casos, a mãe exercer a guarda unilateral, por ser a mais caracterizada com maiores habilidades e atribuições, por tradição e habilidades biológicas.

No mesmo sentido, Waldyr Grisard Filho ressalta:

O sistema de guarda única, invariavelmente concedida à mãe, não mais atendia a vasta e crescente problemática da guarda de filhos após a dissolução da sociedade conjugal- do casamento ou da união estável. Sobravam efeitos patológicos a quem estava em fase de constituição de sua personalidade. Colocados os interesses do menor como fundamentos básicos à solução de qualquer questão que lhe diga respeito, a extrema proteção de seus direitos (art. 227 da CF), a guarda compartilhada surge para responder as exigências daquele princípio, reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes.(FILHO,2014,p.184)

Em vista a acolher o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros, a proposta de acordos da guarda conjunta, procuram à eficácia na continuidade das relações entre pais e filhos na família pós-rompimento, segundo Grisard Filho (2005, p.126).

O mesmo autor ainda conceitua a guarda compartilhada como “[...] um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família.” (FILHO, 2005, p.126)

Macedo (2016, p.109) também conceitua como:

[...] modalidade que melhor traduz a corresponsabilidade legal em relação legal em relação aos filhos menores e filhos incapazes por razão que não a idade, após a separação, deve o quanto possível, equipara-se à guarda conjunta saudável de pais que vivem juntos, a qual não implica perfeição ou uniformidade no sentir e pensar.

Durante o casamento, os vínculos afetivos entre o homem e a mulher tornam-se mais estreitos. Durante esse período, o casal procurar dividir suas características e equilibrar as diferenças. Porém, nem sempre o equilíbrio objetivado é alcançado. E quando não há o objetivo esperado, geralmente resulta-se em separações, levando ao rompimento dos vínculos afetivos, até então existentes.

As separações conjugais, às vezes litigiosas ou não, costumam deixar um rastro de consequências dentro do núcleo familiar. Como já dito, dentro da família há

um vínculo afetivo, e quando desfeito resulta em perdas irreparáveis. Essas perdas correspondem ao rompimento da ligação amorosa entre homem e mulher, e, principalmente entre pais e filhos.

O vínculo entre pais e filhos na família, psicologicamente falando, é muito forte, subjetivo e complexo. Devido a essa complexidade as crianças tendem a sofrer mais com a separação do que os adultos, inferiorizando o superior interesse do menor.

Hoje, não há mais em se discutir sobre as perdas que a separação resulta aos filhos menores. Sobre isso Grisard filho expõem em suas lições:

Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto. (FILHO, 2005, p.127)

Grisard (2005, p.127) ainda explica que a “guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais”, diante da relação estendida somente a mãe e de não garantir o interesse do menor.

A novidade do compartilhamento de guarda tornou-se regra no ordenamento jurídico. As inovações na legislação buscaram aprimorar o princípio do maior interesse do menor, consagrado na Constituição Federal. O foco é os filhos menores e adolescentes.

Portanto, devido à necessidade de adaptar-se as novas condições sociais, buscou-se elaborar um modelo acolhedor para os envolvidos na conjuntura familiar após o desfazimento das dessa estrutura. A mulher, hoje, trabalha, estuda, busca valores e posições desvalorizadas, até então esquecidas. O homem atual possui total capacidade para exercer trabalhos considerados maternos e domésticos contrários as regras machistas passadas.

A guarda compartilhada surge como novidade atendendo os princípios e mudanças advindas da visão contemporânea. Logo, todos esses atributos de mudanças resultam na capacidade de tanto o homem como a mulher, serem responsáveis pelos cuidados da sua prole.

3.4 A Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada

Mesmo antes de uma legislação específica sobre a Guarda Compartilhada, a sua aplicação já era possível mediante a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil.

A soberana Magna Carta brasileira, no seu artigo 5º e confere a igualdade de todos perante a lei e demais garantias fundamentais para qualquer pessoa sem distinção.

Para a Fontes (2009, p.52) a Constituição institui, em seu preâmbulo, um Estado democrático de modo a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, justiça e os valores superiores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura em seus artigos, a proteção dos filhos frente aos deveres familiares. Em outras palavras, garante a proteção à vida, à saúde, alimentação entre outros direitos fundamentais, assim como explica o artigo 4º do Estatuto, *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.

Também garante a obrigação do cumprimento das determinações judiciais referente à guarda compartilhada, como reza o artigo 22 do Estatuto, *in verbis*:

Art.22. 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 por sua vez, anteriormente à criação de uma legislação específica para a guarda, estabelecia em alguns dos seus artigos, a guarda dos filhos a um dos genitores.

Dessa maneira, restavam para as mulheres o papel do melhor detentor a condições favoráveis para exercer a guarda. Consequentemente, a situação da mulher frente aos cuidados dos filhos abriu margens para o Estado exercer sobre a guarda:

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

Dessa feita, o magistrado analisará as necessidades de cada um podendo aplicar o compartilhamento de guarda como fosse possível, visando sempre o melhor interesse do menor.

Em 2008, foi promulgada a lei que instituiu a guarda compartilhada no Brasil. A lei 11.698 de 13 de julho de 2008 alterou a redação dos artigos 1583 a 1584 do código civil. Com essa nova legislação a guarda compartilhada passa a ser prioridade e não mais alternativa. Pais e mães passam a dividir os mesmo deveres e obrigações.

O artigo 1583 define guarda unilateral ou compartilhada estabelecendo seus critérios. Por sua vez, o artigo 1584 estabelece o critério de requerimento no judiciário, como também a decretação do juiz tendo em vista as necessidades do filho.

A lei de guarda de 2008 estabelece também, a obrigatoriedade da guarda compartilhada quando não houver consenso entre os pais, como explica o artigo 1584, § 2º da lei supracitada.

Recentemente em 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a guarda compartilhada deverá permanecer como regra, independente de litígios entre os pais ou não. Segundo a assessoria do IBDFAM:

O objetivo da norma é que o tempo de convivência com os filhos seja dividido de maneira equilibrada entre os genitores, tornando-os responsáveis por tomar decisões conjuntas acerca da formação, educação e demais questões que possam causar impacto na vida da criança. (IBDFAM, 2016)

O modelo escolhido como regra, busca acolher as necessidades do filho em comum da relação conjugal. Nessa modalidade, não há escolha daquela parte com

mais aptidão, e sim igualdade de responsabilidade, obrigações e deveres relacionados aos filhos.

Na visão de Macedo (2016), boa parte da magistratura entende como sendo um modelo eficaz, pois equilibra as relações e busca atingir o objetivo primordial: Proteção do menor. Porém há casos que não se aplica o modelo de guarda compartilhada, como nos casos de inaptidão de qualquer um dos cônjuges, ou de ambos, para estabelecer os cuidados aos seus genitores.

A lei 13.058, promulgada em 2014, modificou os artigos da legislação anterior. Inovou no intuito de ajustar os interesses das crianças e a igualdade entre os conjugues separados.

Conclui a advogada Débora May Pelegrim (2014) sobre a nova lei:

Esta norma beneficia os pais que gostam de compartilhar mais a companhia dos filhos, que muitas vezes eram impedidos, prejudicado, limitado por aquele que detinha a guarda unilateral, esquecendo que a prioridade deve estar sempre no menor.

Segundo Marcantonio (2013, p92-94), com a condição de manutenção da relação com os filhos após o rompimento familiar, muitos pais veem o esforço para a obrigatoriedade da guarda compartilhada. Trata-se de uma postura com entendimento de pais e filhos. Entendimento esse, muitas vezes difícil de ser consensual.

No sentido de divergência em compartilhar a responsabilidade e a convivência, a guarda compartilhada torna-se o ideal buscado no exercício do poder familiar. Acontece que, a busca da consensualidade acaba provocando litígio sob o lado do melhor interesse da criança. Sobre este aspecto, a mediação é resgatada como possibilidade de conter litígios na busca de compreender as atribuições sob a guarda, desenvolvendo a comunicação e harmonia entre as partes, como veremos no último tópico.

3.5. Aspectos Sociais da Guarda Compartilhada: Vantagens e Desvantagens.

Após a ruptura dos laços conjugais o papel das famílias se inverte. É comum o surgimento de brigas e discussões, principalmente quando envolve os filhos. São

eles os que mais sofrem com o término do relacionamento dos pais gerando dor e sofrimento.

A guarda compartilhada é um instituto jurídico inovador, com o objetivo de garantir a continuidade dos laços parentais após a separação, buscando acolher interesses dos casais separados, conciliando deveres e obrigações, em vista ao bem-estar dos seus genitores.

Apesar de ser considerada como um modelo novo e acolhedor para o melhor interesse da criança e do adolescente, esse instituo possui suas vantagens e desvantagens, como serão expostas a seguir:

3.5.1 Vantagens.

Esse modelo de guarda auxilia na diminuição do sentimento de rejeição e facilita a socialização do menor. A propósito, o compartilhamento deve-se ao interesse do menor, permitindo seu desenvolvimento e estabilidade como também a perpetuação da cultura família dos pais ao filho.

Nesse sentido Silva (2003) apud Fontes (2009, p.87) posiciona-se favorável no sentido que:

Por diminuir o tempo de ausência tanto de um quanto do outro progenitor, esse tipo de guarda garante a presença de ambos os pais na sua vida, impedindo assim a sensação de abandono e o desapego na qual se originam os sintomas.

Uma das grandes vantagens da Guarda Compartilhada é a sua contribuição na tentativa de diminuir as consequências geradas pelo rompimento do vínculo conjugal, mesmo havendo litígios, assim como explica Evandro Luiz Silva (2003) apud Fontes (2009,p.89):

Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda, e, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aula etc.

Macedo (2016, p.104-109) explica que para a psicologia, o novo modelo de guarda torna-se o mais louvável em relação a outro tipo de guarda, à medida que garante experiências seguras e adaptação a nova situação, todavia, a aplicabilidade desse modelo estará comprometida caso houvesse conflito constante dos pais ou quando um dos cônjuges apresenta algum distúrbio ao vício e por fim, nos casos de extensão e suspensão do poder familiar.

O novo modelo de guarda estabelece o equilíbrio entre direitos dos pais as obrigações do menor. Para o sucesso desse modelo, faz-se necessário amenizar os conflitos, como também possibilitar uma maior comunicação e encontro de solução através da mediação, como veremos no último tópico. Por fim, é recomendável o judiciário um melhor entendimento em torno do assunto na medida em que busca o bem-estar do menor.

3.5.2 Desvantagens

Para a autora Simone Roberta Fontes (2009, p.90), o modelo de Guarda Compartilhada é inaplicável quando um dos cônjuges não possui um perfil adequado para o cuidado dos filhos.

Em contrapartida, a mesma autora explica que “Neste caso, a guarda seria exclusiva aquele genitor que tivesse melhores condições de fornecer ao filho um ambiente favorável para seu crescimento e desenvolvimento sadio.” (FONTES ,2009, p.90).

Também não é aplicável nesse tipo de guarda é o conflito constante dos pais. Neste caso, quando não há colaboração e diálogo, torna-se difícil a aplicação do Compartilhamento de guarda.

Nesse contexto, ressalta o Doutrinador Grisard Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogos, insatisfeito, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.(FILHO, 2006, p.194)

Conclui-se que não há dúvidas sob o estabelecimento de uma melhor comunicação e soluções de conflitos quando o assunto estiver relacionado a família. Com o mesmo propósito, a guarda compartilhada busca reduzir as diferenças entre os ex-cônjuges proporcionando um melhor cenário aos filhos.

Portanto, no tocante a aplicabilidade, como também a inaplicabilidade do compartilhamento de guarda acrescentando a mediação como medida de apoio para os conflitos decorrente da guarda, como será exposto no capítulo a seguir.

4 A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO AUXÍLIO NA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Conceito e característica da mediação

Como descrito por Muniz (2014,29-37), da interação da sociedade humana nasce o conflito o qual é definido como contraversão de opiniões entre polos opostos, levando-os a procura de solução. As buscas pela resolução de conflitos surgem de maneira ineficaz e negativa de diferentes contextos e natureza.

Somando-se a isso as satisfações das circunstancias humanas estabeleceu um dinamismo positivo em como estabelecer e resolver conflitos, como também maneiras de administrá-lo. Todavia, administrar conflitos deve-se compreender as dimensões distributivas e integrativas.

Porém é preciso compreender que o conflito não é positivo nem negativo e sim, resultado de diversidades estruturas sociais resultando em oportunidade pessoal. Do mesmo modo, o objetivo do conflito procura uma possível solução como também a pretensão de administrar relacionamentos de forma a torná-los melhor.

Dessa forma podem-se classificar os conflitos de acordo com a força empregada em pacífico e não pacífico. Sendo que esse é caracterizado por força coercitiva e aquele utiliza força pacífica. Além disso, o atual momento utiliza-se de meios alternativos de resolução de conflitos, destacando-se arbitragem, negociação, conciliação e mediação.

Muniz (2014) conclui que a humanidade ao longo de sua evolução utilizou-se de diversas maneiras de alcançar seus objetivos particulares. Tais objetivos são alcançados através de conflitos objetivando a solução final para as partes envolvidas. Em outras palavras, a busca da satisfação pessoal e de circunstancias próprias levou a sociedade a fazer do conflito uma existência positiva, criando mecanismos e formas diversas de resolução, objetivando benefícios mútuos, conhecimento e satisfação aos indivíduos.

De fato, as palavras da autora são assertivas acerca do estudo sobre conflito e sua formação no contexto evolutivo. A sociedade primitiva utilizou-se de maneiras assertivas para o alcance de objetivos próprios. Entretanto, a necessidade de evolui

e construir percepções positivas e atribuir conhecimento levou o homem a utilizar o conflito como obtenção de suas pretensões pessoais.

Embora não seja a bastante compreendida pela sociedade, a resolução de conflitos nos atrai ao conhecimento e a busca da capacidade de transforma o litígio em algo positivo.

Dessa forma, a mediação surge como mecanismo exato para ensinar ou transforma a cultura do litígio negativo em positivo, redirecionando aos parâmetros adequados ao desenvolvimento e bom relacionamento entre os envolvidos.

As primeiras noções de mediação surgiram bem antes do século atual. Seu processo embrionário teve início desde os primeiros escritos históricos até os dias atuais. A mediação foi desenvolvida ao longo dos tempos, tendo seus conceitos e definições atendendo nos anseios da modernidade.

Vasconcelos (2008, p.36) conceitua Mediação como:

A Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador-que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito-, expõem o problema, são escutados e são questionados, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firma um acordo.

Em outras palavras, define Maria Nazareth Serpa (1997,p.20) apud Habermann (2017,p.37), :

A mediação é o desenvolvimento de interesses, assistido por terceiro (mediador), o qual é encarregado pelo Estado a facilitar os fatos e facilitar os passos do processo, cabendo a ele, desta forma, administrar os fatos e conduzir as pessoas a uma solução que pacifique o conflito e atende as necessidades de ambas as partes.

Diante desses conceitos, a mediação surge como um conceito inovador de resolução de conflitos extrajudicial. Diante das transformações e adaptações modernas, é necessário adequar as estruturas antigas aos novos moldes para resolução de conflitos. Para Cachapuz, (2011, p.35), a mediação tem por finalidade encerrar o conflito e alicerçar as vontades das partes, independente da atuação no Estado ou do caráter jurídico.

A mesma autora supracitada ainda alega que:

Tudo o que as partes em conflito entenderem que a mediação pode solucionar, tem o seu cabimento, pois é através da vontade que se tem bom êxito. Uma vez demonstrada a intenção de ver o problema solucionado, já se pode vislumbrar o sucesso da mediação.

É principalmente pela liberdade da escolha e por ser realizada por profissionais capacitados que se entende que a mediação possui os instrumentos necessários para que seja exercido o verdadeiro papel de pacificação social. (CACHAPUZ, 2011, p.40)

Embora a mediação tenha sua finalidade na pacificação, algumas características norteiam este instrumento de solução de litígios. Com o objetivo de inaugurar um novo paradigma cultural e promover meios alternativos resolução de conflito, o promulgou a nova lei de mediação (lei 13.140/2015) como uma alternativa ao judiciário e uma alternativa aos demais ramos do direito, servindo de amparo e auxílio.

A lei 13.140/2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

A nova legislação consagra princípios e características aplicadas a todo o processo de mediação, seja no âmbito público ou privado. Em seu primeiro capítulo, titulado “Da Mediação”, dispõe sobre os princípios aplicados, dos quais podemos extrair as principais características desse modelo de autocomposição estudado.

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.

Maria Helena Dias Michelon (2001), lista em seu artigo como uma das principais características primordiais a voluntariedade. O autor explica que neste processo, os litigantes não são obrigados a negociar nem a fazer algum tipo de acordo. As pessoas são livres para escolher o método de lidar com o conflito

conforme suas características. As decisões devem ser tomadas de acordo com a melhor maneira de alcançar.

Hoje, a legislação reformulada sobre a mediação, dar a opção em alguns processos de escolher pela mediação a fim de transformar os rumos do processo a conclusões favoráveis. Sobre a voluntariedade Michelin (2001) ressalta:

Os litigantes não são obrigados a negociar, a mediar ou a fazer acordo, influenciados por alguma parte interna ou externa. As partes aderem livremente ao processo e dele podem, também, livremente sair. Não há nenhuma norma legal que obrigue qualquer das partes a aderir a um processo de mediação. Nem o mediador tem autoridade para impor uma solução às partes.

Outra característica é a confidencialidade. O processo de mediação é realizado em ambiente resguardo e privativo. As partes envolvidas e o mediador devem fazer um pacto de confidencialidade entre eles, firmando um clima de respeito e cooperação entre as negociações, conforme Michelin:

A confidencialidade alcança a todos que se encontram na sessão de mediação. Portanto, as partes e até os observadores, se houver, deverão guardar sigilo acerca do que ali for dito. O mediador não poderá revelar o que sucedeu nas sessões, portanto está impedido de ser citado como testemunha, caso o conflito não se resolva pela mediação e seja ajuizada uma ação. Nem, tampouco, poderá revelar confidências de uma parte, se houve sessão privada, a não ser havendo expressa autorização para fazê-lo. (MICHELON,2001)

Além dessas demonstradas anteriormente, outras características também são peculiares ao processo, na visão de Michelin (2001) da mediação como: participação de terceiro imparcial, economia financeira e de tempo, informalidade, oralidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões, autocomposição e não-competitividade.

4.2 O papel do mediador

O instituto da mediação mantém o importante compromisso de auxiliar as partes envolvidas no processo e retirar dos seus caminhos os obstáculos que impedem o apaziguamento de seus conflitos.

Dessa maneira, Cachapuz (2011,p.53) explica que a mediação deve ser encarada com zelo e responsabilidade, principalmente por lidar com aspectos

personais , emocionais, culturais, entre outros. Verifica-se, portanto, a necessidade de formação do mediador. A mesma autora citada ainda esclarece:

O mediador é um indivíduo especializado em resolver conflitos, tendo caráter de interventor imparcial, escolhido pelos mediados, atuando entre eles, como facilitador do diálogo.

É importante, porém não é obrigatório que, que possua noções de psicologia e direito para que possa detectar o conflito e caminhar juntos as partes, levando-as à tomada de consciência, para que ambas possam decidir da melhor forma possível o impasse existente. (Cachapuz, 2011, p.51)

O mediador precisa ter o perfil adequado para exercer a função. Recomenda-se devida seriedade, preparo emocional, notório conhecimento jurídico e aptidão característica do processo. Além do mais, “deve ter habilidade de escutar, perceber e promover harmonia, principalmente deve criar condições para que as pessoas manifestem suas opiniões” (Cachapuz, 2011,p.54).

A nova lei, configura os mediadores, tanto no processo extrajudicial (art.9º) como no judicial (art.11), *in verbis*:⁴

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.

Art. 11. 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

O mediador está submetido aos padrões éticos - profissionais e comportamentais que lhe cabe diante do que é imposto pela sociedade. Este, deverá apresentar aptidões psíquicas ou intrapessoais. Trata-se aqui da maneira de forma um modelo verídico a respeito das capacidades subjetivas.

Soma-se a isso, precisa do autoconhecimento. Deverá ter aptidão de interagir com a personalidade própria e de outros indivíduos, relacionando defeitos e qualidades, equilibrando uma postura coerente e equilibrada.

⁴ Lei 13.140/2015

Outra aptidão é a do autocontrole e autoestima. São características pessoais do mediador, que poderá transmitir aos seus medianos. Como também, a automotivação, autodisciplina e aptidões interpessoais.

O mediador possui inúmeras tarefas para atingir seu objetivo final e conseguir conciliar as partes com êxito. Rozane de Rosa Cachapuz (2011, p.67-78) define como tarefas do mediador melhorar a comunicação.

A comunicação é primordial e, exatamente, ponto crucial das brigas. Portanto, o mediador precisa levar as partes a reformularem os conceitos e valores a fim de favorecer a comunicação.

Além disso, o mediador deverá convergir e divergir entre pontos. A melhor explicação para esse ponto está nos conflitos familiares. Neste tipo de conflito, é preciso que o mediador resgate pontos negativos transformando em positivos, procurando uma oportunidade para o desenvolvimento. Porém, para tal finalidade, há suas dificuldades como explica a autora:

O problema maior das divergências se dá por diversas tendências secundárias, pois é exatamente normal que as pessoas evitem aqueles que lhe são diferentes, especialmente quando os percebem antagônicos ao seu modo de vida, tornando-se totalmente destrutivas as explicações em relação ao outro. (CACHAPUZ, 2011, p.70)

O mediador deverá procurar alternativas de solução, no momento em que começar a sinalizar possíveis soluções. Deverá abordar as necessidades individuais de cada um tentando um acordo, tentando reestruturar o possível problema, seja no âmbito familiar ou em outros ramos.

Por fim, é necessário que o mediador restaure a identidade perdida, em uma tentativa de devolver a autonomia. Como também promover relacionamentos futuros até chegar ao término da negociação.

4.3 Mediação no novo Código de Processo Civil

Siviero (2016, p.319-320), compreende que o novo Código de Processo Civil inovou sobre o código de 73 em relação a matéria de Mediação. O que não era

previsão hoje é oportunidade com o novel código. Menciona-se em trinta e três diferentes artigos desde a natureza jurídica à oferta extrajudicial nos processos.

Além disso, é possível encontrar princípios norteadores dessa inovação. Desde a petição inicial exige-se pela opção da mediação, devendo respeitar a autonomia de vontade. Dessa feita, a obrigatoriedade absoluta é prevista em dois casos. Tanto nas ações de família como nos litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis. Na opinião de Siviero:

A iniciativa foi referendada pelos legisladores pareceristas do projeto, para os quais o tratamento da mediação e da conciliação na Parte Geral do PL representa um avanço importante, sobretudo por conferir a esses mecanismos de resolução de conflitos todo o destaque que modernamente eles têm tido. (SIVIERO, 2015, p.319)

A aprovação da Lei de mediação no Novo Código representa uma promessa revolucionária na forma de tratamento de conflitos. As inovações legislativas representam um passo importante, porém, a eficácia dependerá de mudanças culturais sobre o pensamento jurídico.

Ainda há desconfianças em torno da incorporação da mediação no Poder Judiciário, no que diz a respeito, por exemplo, sobre a obrigatoriedade. Por outro lado, a mediação auxilia na resolução de conflitos importantes.

O projeto do Novo Código de Processo Civil foi conduzido por meio da valores e normas fundamentais subordinadas a constituição, estabelecendo uma relação com o processo. É possível destacar três princípios no âmbito da mediação e conciliação

O primeiro trata-se do acesso à justiça, no que estabelece como meios alternativos de solução de conflito, aplicando novas medidas processuais objetivando um procedimento mais breve. Está disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Para Humberto Theodoro Jr. (2012, p.9-43) apud Habermann (2016, p.83):

Tamanha desproporção, entre demanda social e oferta de prestação de serviço jurisdicional, tem como uma de suas causas o grande aumento no rol de direitos fundamentais que foram assegurados aos cidadãos [...] bem como a multiplicação de instrumento, posto à disposição daqueles para exigir tais direitos, sem que a estrutura do poder judiciário estivesse preparada para explosão de litigiosidade que viria a ocorrer.

O segundo é o princípio do contraditório e cooperação ambas conferem não para o alcance almejado mais rápido, por isso o princípio da razoável declaração do processo, privilegiado pela mediação e conciliação tentativa da auto composição.

Para Habermann (2016, p.89):

Com o advento do Novo Código de Processo Civil o princípio da cooperação se intensificou, principalmente no que diz respeito a audiência de conciliação ou mediação, devendo as partes cooperarem harmonicamente a fim de que o processo alcance rapidamente o fim desejado.

A tentativa da formação do novo código trouxe consigo uma total subordinação constitucional. Dessa maneira, cria-se um diálogo entre o processo e a constituição, com isso, a mediação e conciliação como autocomposição, torna-se finalmente de auxílio para o processo civil a medida que torna o processo mais célere, facilitando o acesso à justiça e ao fim desejado.

A reformulação do código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo uma grande influência constitucional. Todo o processo será com base as normas e fundamentos da carta magna. Os principais processos constitucionais por sua vez privilegiam a celeridade no processo e a busca pelo fim almejado.

Para tanto, é necessário mecanismo que auxiliem a justiça e estejam de acordo com as regras constitucionais, objetivando um acordo entre o processo e a lei maior.

4.4 Mediação Familiar

Mesmo utilizando os moldes contemporâneos na constituição familiar, resgatados sentimentos subjetivos inexistentes no passado, ainda assim, o Direito de família permanece centrado nas questões patriarcais. Apesar de haver mudanças no conceito de família, o direito ainda encontra dificuldades em ser submetido a transformações frente a necessidades, como explica a Beatriz Helena Braganholo (2005, p.71). A mesma autora afirma:

Ainda é preciso admitir que a aparência é de que as regras legais de proteção da família fazem parte, unicamente, da esfera privada, como se o

Estado fosse um ente distante e supervisor, afastado de uma função de protetiva tutela constitucional. (BRAGANHOLLO, 2005, p.71).

Maria Berenice Dias (2010, p.85) em suas lições ensina que nem sempre as sentenças produzidas pelo judiciário apresentam uma solução apaziguadora desejada. Sobretudo nos processo que envolve aspectos subjetivos como afeto, amor, queixas mágoas e relações afetivas.

A resposta judicial nunca corresponderá aos anseios de quem busca solução para seus desejos. Isso vai além de apenas o término processual ou restabelecimentos das reparações patrimoniais ou finalização dos litígios jurídicos. Haverá um sentido de justiça cumprida quando houver um alcance da satisfação diante das relações conflituosas. Maria Berenice ainda continua:

A valorização excessiva de norma jurídica ainda é uma realidade que impede colocar sob proteção a família e seus conflitos, em razão da impossibilidade de o direito positivo regulamentar as singularidades de cada arranjo familiar. Por isso 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 seus papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um, com isso possibilita que seus membros configurem um novo perfil familiar. (DIAS, 2010, p.85)

É preciso perceber que haverá constante busca pelos ideais individuais. E essa procura pela realização pessoal e satisfação diante dos problemas, principalmente quando envolve família, fará surgir contradições sobre os envolvidos.

Para Macedo (2016, p.134) com o objetivo de contribuir e auxiliar a justiça familiar, o Direito de Família utiliza-se de todos os instrumentos favoráveis nas causas judiciais. Dentre estes instrumentos, a Mediação familiar é apresentada como um modelo inovador, metodológico e processual.

Para Barbosa (2004, p.4):

As questões de Direito de Família, seguramente, são as mais frequentes nas lides forenses e, pela natureza do litígio, são as que mais têm possibilidade de retornar ao Judiciário. Muito se tem feito para promover conciliações nestes processos, quando, o indicado é a mediação. Porém, a falta de discriminação entre ambos os institutos afasta os sujeitos do conflito de uma eficaz e efetiva prestação jurisdicional.

Somando-se a isso, Macedo (2006, p.134-136) ainda ressalta que a mediação apresenta-se de forma eficiente na resolução de conflitos parentais pelo

qual cabe uma negociação colaborativa com o objetivo de obtenção de uma decisão final através de acordo e preferências, mantendo suas relações.

Torna-se um importante instrumento em relação ao apoio emocional na tentativa de pacificação na área familiar. Dessa forma, reconhece-se a Mediação como um campo extraordinário de comunicação familiar. Uma ferramenta pelo qual auxilia no apaziguamento dos conflitos possibilitando uma possível pacificação.

Macedo (2006) Compreende, ainda, sobre a mediação, como um instrumento eficaz nas resoluções de conflitos envolvendo família. Por sua vez, acredita-se não poder haver a Mediação familiar fora do contexto psicológico, razão pelo qual explica a fato da interdisciplinaridade psicojurídica, na medida em que cria-se um diálogo consensual com a tentativa de haver uma decisão favorável as partes conflitantes.

Este instrumento trabalha sobre os aspectos subjetivos dos litigantes, e para estes é mais favorável aplicar-lhes uma decisão decorrente do ponto de vista subjetivo ao contrário de aplicar-lhes uma decisão imposta. Tais decisões são mais favoráveis ao litígio durante o processo, principalmente quando envolve questões familiares.

4.5 Mediação no tratamento da guarda compartilhada

Buscando restabelecer uma comunicação adequada e a possibilidade de construção de diálogo, a mediação surge como um auxílio a justiça familiar de modo a dar suporte emocional ao casal que se separa. Para Macedo (2016, p.136):

[...] essa ferramenta ajudará na renovação das famílias pelo processo social de transição em que passam, no apaziguamento da luta de poder, e que é justamente a possibilidade do diálogo fomentado pela mediação que faz tantas situações tidas como extraordinárias no cotidiano encontrarem um patamar de acomodação.

Ao mesmo tempo em que novas famílias são formadas, outras são desfeitas. Durante o processo de formação, vínculos afetivos são construídos gerando sentimentos de afeto, lealdade e amor entre aqueles que participam do núcleo familiar.

Além dos aspectos subjetivos, a quando uma família é formada tem o objetivo de unir-se a fim de construir sua convivência, compartilhando sentimento, defeitos e características pessoais. Ao contrário, quando são desfeitas esses aspectos construindo acabam se dissolvendo.

Formar uma família vai muito além de unir patrimônio ou adquirir bens. E sim, adquirir um relacionamento pessoal com a finalidade de suprir carências emocionais ou até mesmo a necessidade de convivência. No entanto, quando há o término das relações familiares, não somente se desfaz o patrimônio, e sim toda a constituição pessoal formada naquele ambiente.

O principal problema dos fins dos laços conjugais não está somente nas relações emotivas. A complexidade gira em torno do bem maior que foi gerado: os filhos. Esses que, por sua vez, são os mais sofridos quanto à separação dos pais.

Os processos de separação e de divórcio costumam ser de difícil solução. Até porque o judiciário está acostumado a resolver questões patrimoniais, quando envolve conflitos em família. Porém, a questão patrimonial é superficial em relação aos verdadeiros objetivos dos litigantes.

Nos conflitos familiares atuais, busca-se muito além de uma simples solução de conflitos e a paz entre as partes. Procura-se a transformação de conflito para um novo equilíbrio de convivência. Para tanto a mediação ganha espaço como alternativa para soluções conflituosas no direito familiar. Segundo Rosane Cachapuz:

A mediação na separação e no divórcio, situa-se num campo à parte desta matéria, devido às características muito especiais e à complexidade das disputas. Envolve decisões sobre aspectos legais, guarda e pensão dos filhos, divisões de bens, que se mesclam com profundas questões emocionais. Sentimentos conflituosos e mal resolvidos se escondem atrás de questões práticas e legais, enrijecendo as tomadas de posições das partes. (CACHAPUZ, 2011, p.132)

A mediação pode vir a ser auxílio ao judiciário. Atualmente, as varas de família encontram-se abarrotadas e em crise devido ao grande número de processos atuados, alguns com êxito outros sem.

A mediação poderá ajudar no sentido de reduzir a aplicações de dispositivos legais para, enfim, expressar os sentimentos contidos. Algo que o Estado torna-se imparcial. Sobre isso a autora Rosane Cachapuz faz a seguinte argumentação:

A mediação reconhece que as emoções são parte integral do processo de resolução e, como tal, devem ser atendidas, para que mais tarde não resultem em constantes ações revisionais, até porque os conflitos de casais, antes de serem de direitos, na grande maioria, soa essencialmente emocionais. (CACHAPUZ, 2011, p.133)

Uma das principais vantagens da aplicação da mediação é referente aos filhos, ou melhor, a guarda deles. É sábio que a formação da personalidade da criança forma-se desde sua concepção através do convívio e interação com seus pais.

É dentro da família que a criança irá formar sua capacidade e adquirirá as características que poderão marcá-la até a fase adulta. Para tanto, é necessário que a criança seja acolhida com uma educação equilibrada, tornando-a o centro dos cuidados a, recebendo afeto, amor e carinho. Porém, infelizmente, este não é o ideal apresentado na realidade.

O que se observa hoje em dia é uma criança transformada. Onde existia amor, hoje existem desafetos. A preocupação com o bem-estar da criança e o seu desenvolvimento passou para segundo plano dos pais. A autora Rozane Cachapuz conclui com as seguintes palavras:

A realidade é que os filhos são as maiores vítimas do conflito dos seus pais, que de uma hora para outra, os impedem de pisar solidamente em uma estrutura familiar edificada no pai e na mãe, onde ambos são amados por eles, sendo induzidos a extirparem de suas bagagem emocional, o amor e o afeto que tem enraizado, devendo considerar ora um, ora outro como seu adversário, perdendo a segurança, passando a conviver com dúvidas sobre o que está certo. (CACHAPUZ, 2011, p.140)

Não há dúvidas que possa haver tensões entre os pais no caso a ser imposta o compartilhamento de guarda. Contudo, devem-se trabalhar as dificuldades entre pais e filhos em favor da harmonia. Neste aspecto, a mediação serve como instrumento de auxílio a comunicação, com vista à preservação dos menores em razão da guarda

É difícil não encontrar litígio em ações envolvendo família, por esta razão, faz-se necessário mecanismo auxiliares nas relações conflituosas, norteando os envolventes para uma decisão consensual.

Dessa maneira, a mediação familiar faz-se instrumento importante no preparo da guarda compartilhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

. Os arranjos familiares estão cada vez variados, tornando os laços afetivos mais estreitos. Novas famílias vêm sendo construídas, e do mesmo modo, também sendo desfeitas.

Os novos modelos familiares estão privilegiando os aspectos subjetivos, como o respeito e o amor, tornando assim, as relações mais complexas. Diferente do passado, o casamento não é mais obrigatório. A figura do pai e da mãe tomou outras funções e os filhos, garantindo seus devidos direitos.

É a partir do casamento ou qualquer outra forma de união conjugal onde surgirá a família. Todavia, quanto mais complexas as relações familiares, maior a probabilidade de conflitos principalmente dentro do matrimônio. Quando desfeitos esses laços afetivos, os mais atingidos são os filhos. Quanto a esses, resta à profunda dor da separação e a esperança de continuar a relação com seus pais.

É dever e responsabilidade dos pais, cuidar e zelar pela educação, saúde e bem estar dos filhos. Mesmo com o rompimento do casamento, os pais devem manter suas obrigações perante seus genitores.

Contudo, como verificado, nem sempre há entendimento dos ex-cônjuges a respeito dos cuidados dos filhos, gerando conflitos, por muitas vezes, sem solução adequada.

Diversas varas familiares são tumultuadas de processos referentes à guarda dos filhos. Muitas vezes esses processos não há uma solução adequada. Sobretudo, quando tratamos de guarda compartilhada.

Ainda é difícil a compreensão para sociedade a ideia da mediação em meios a conflitos familiares. Portanto, o objetivo desse trabalho é demonstrar como a mediação auxilia no processo da guarda compartilhada.

Nota-se que, mesmo sendo uma ideia não muito aceita, esse meio de resolução extrajudicial pode ser uma medida eficaz para conflitos familiares. Embora ainda precise-se adequar aos moldes sociais, mesmo assim demonstra-se como um apoio diante do sistema judiciário atual.

A Mediação familiar torna-se um apoio quando que há uma abertura entre as partes. O novo Código de Processo Civil auxiliou a justiça em relação a conflitos familiares, quando priorizou as resoluções extrajudiciais nos processos.

É preciso entender que a solução das lides envolvendo família vai muito além do que obedecer a uma regra e ter uma parte vencedora. Quando os conflitos tomam dimensões sobre os filhos, o que está em questão, é o melhor interesse destes.

Em se tratando de Guarda Compartilhada, busca acima de tudo, o interesse superior dos filhos, de modo a agradar a todas as partes. E a Mediação surge como uma alternativa de apoio a justiça familiar, de modo a trazer alternativas favoráveis a todos os envolvidos, chegando a soluções pacíficas. Não apenas priorizando um lado, mas sim alcançando a melhoria de um Direito familiar inovador e justo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola S. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/117.pdf>. Acesso em: 29 out.2017

BARBOSA, Águida A. **Mediação familiar**: instrumento para a reforma do judiciário. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/85.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas**. In: VII Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2009, Belo Horizonte. Família e Responsabilidade. Disponível em:. Acesso em 29 out. 2017.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica. Acesso em: 28 set. 2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.6 ed.rev.,atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Poder familiar. In: **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 588-608.

DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 6º do projeto do novo cpc). Disponível em <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 10 out. 2017

EMILIANO, Norma. **Conflitos familiares**: os conflitos familiares são inerentes aos seres humanos (2008). Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo721.shtml>>. Acesso: 29 out. 2017.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada** – doutrina e prática. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOL_ESCENTE.aspx>. Acesso em: 29 out. 2017.

HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Mediação e conciliação no novo CPC.** 1. ed. São Paulo: Habermann, 2016.

LOPES, Wanessa Kelly Pinheiro. **Abordagem constitucional sobre o Princípio da Igualdade dos cônjuges no casamento civil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n.68, set2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6583>. Acesso em: 29 out. 2017.

MACEDO, Rosa Maria. S.; CESAR-FERREIRA, Verônica. A. M. **Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica.** 26.ed. Porto Alegre: Artemed, 2016.

MARCANTÔNIO, Roberta; SPLENGER, Fabiana Marion. **A Mediação como forma de tratamento de conflitos decorrentes da guarda dos filhos.** Revista Brasileira de Direito. V. 9, 2013. Disponível em: <<http://www.link.periodico.capes.gov.br/>> Acesso em: 15 ago. 2016.

MICHELON, Maria Helena Dias. **Mediação e Arbitragem – Aspectos Fundamentais.** Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 1, nº 43, 17 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/157-artigos-set-2001/3554-mediacao-e-arbitragem-aspectos-fundamentais>. Acesso em: 27 out. 2017.

MONTEIRO, C. S.; MEZZAROBA, O. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Aspectos gerais da guarda compartilhada.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523>. Acesso em: 22 out. 2017.

MOTA, Silvia. **Metodologia da pesquisa jurídica.** Disponível em <<http://www.silviamota.com.br>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

MUNIZ, T. L., JUNIOR, M. E. A. **Estudos em Direito Negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos.** 1. Ed. São Paulo: Boreal, 2014.

NEGREIROS, Tereza C., T. F. **Masculino e feminino na família contemporânea.** Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2004. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/ojs/index.php/revispsi/article/view/11109/8795>. Acesso em: 29 out. 2017.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil e seus críticos.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

ROCHA, Bruna Neves. **O instituto da guarda compartilhada: avanços e retrocessos no âmbito familiar.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53821&seo=1>>. Acesso em: 29 out. 2017.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792>. Acesso em: 20 set. 2017.

SCHNEEBELI, F. C.; MENANDRO, M. C. S. **Com quem as crianças ficarão?** Representações sociais da guarda dos filhos após a separação conjugal. Psicologia & sociedade, V. 26, N.1, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psco/>> Acesso em: 10 out. 2016.

SILVA, A. S. **A guarda compartilhada na mediação e o desafogamento da justiça comum.** 2014. 50 f. Trabalho de conclusão de curso – Centro Universitário do Vale do Pojuca, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SIVIERO, Karime Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo Código de Processo Civil e da Lei da mediação.** Caderno do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRG. v.10, n.3, 2015. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.