

A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO NA ESCOLHA DA GUARDA PARA O MENOR

Bárbara Cândida Almeida Santiago

Letícia Uebe Pires Braga

RESUMO: Este artigo é resultado de uma pesquisa bibliográfica que aborda o Instituto da Mediação Familiar como auxílio na escolha do melhor tipo de guarda para o menor. Tem como objetivos demonstrar que a mediação tem papel fundamental na resolução de litígios familiares; analisar que a Guarda Compartilhada é a que mais resguarda o menor de seus direitos e identificar como o núcleo familiar se recompõe. A metodologia utilizada desenvolveu-se numa perspectiva descritiva do tipo qualitativa. Como resultados o presente artigo traz que a Guarda Compartilhada é a que mais atende o interesse do menor, garantido a ele seus direitos, principalmente o da convivência familiar.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação; Mediação Familiar; Guarda; Guarda Compartilhada; Menor.

Introdução

O presente trabalho busca estudar o instituto da Mediação Familiar e demonstrar como este pode auxiliar na escolha do melhor tipo de guarda para o menor e abordar como a família é reestruturada nesses casos.

Os objetivos que norteiam esse artigo consistem em demonstrar como a mediação tem papel fundamental na resolução de litígios familiares bem como analisar que a guarda compartilhada é a que mais resguarda o menor de seus direitos, principalmente do convívio familiar e identificar como o núcleo familiar se recompõe de diversas formas.

A metodologia utilizada na presente pesquisa desenvolveu-se numa perspectiva descritiva do tipo qualitativa, no qual será utilizado um referencial teórico condizente com as necessidades das mesmas, buscando enriquecer o tema pesquisando através da literatura já existente sobre o assunto.

Este artigo científico encontra-se estruturado em introdução, desenvolvimento e conclusão.

Primeiro será tratado o instituto da mediação como um todo e em seguida dará enfoque ao tipo que mais interessa aqui, que é a mediação familiar. Logo após será falado sobre os tipos de guardas existentes no ordenamento jurídico e aprofundar-se-á mais no objeto de estudo que é a guarda compartilhada, trazendo todos os seus benefícios como também algumas posições contrárias que serão

debatidas ao longo do trabalho. E por fim será abordado a reestruturação das famílias e como elas se recompõem.

Mediação

A mediação de conflitos tem evoluído muito no Brasil, mas foi com a resolução de nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça posteriormente a Lei 13.140/2015 e com o Novo Código de Processo Civil que a mediação ganhou mais relevância no Brasil. Pela resolução nº 125 do CNJ (BRASIL, 2010) a mediação é mecanismo atual de pacificação social, tal resolução traz explicitamente em seu texto seus propósitos nos quais sejam eles:

- a)** disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade;
- b)** incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição;
- c)** reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ.

Sendo a mediação um método autocompositivo no que se refere a pacificação de conflitos, ela vem se destacando e ganhando cada vez mais espaço, uma vez que o Novo Código de Processo Civil dá ênfase a esse artifício.

No âmbito processual brasileiro a composição do processo judicial começa pela petição inicial, e essa de acordo com o Novo Código de Processo Civil tem por obrigação constar a opção das partes pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação.

Atualmente existe a Mediação Construtivista que faz um trabalho analisando o conflito por inteiro, trabalhando de forma humanizada o problema aparente, o oculto e os periféricos sendo este último conceituado como os conflitos que circulam o conflito aparente e muito importante para análise do conflito familiar.

Hoje no âmbito brasileiro pode-se entender de uma forma geral que a Mediação é o método que busca resolver um conflito de forma mais célere, eficaz e menos custosa para os cidadãos.

Além disso, a mediação garante que cada caso seja analisado por si só e em sua integralidade, conseguindo chegar ao melhor acordo para ambas as partes e dentro de suas realidades.

A mediação não trabalha apenas com fatos, mas também com sentimentos, estimula o diálogo, a compreensão e o colocar-se no lugar do outro. Uma forma de ajudar o indivíduo se restabelecer no seu ambiente de convívio em que foi gerado o conflito.

A quem promove a mediação dá-se o nome de mediador, cujo o papel dentro do procedimento é auxiliar as partes de forma imparcial, aos mediadores não cabem dar uma solução, eles apenas auxiliam as partes a se acordarem.

Mediação Familiar

Como já visto a mediação é a forma mais ideal para se resolver um conflito, cada vez mais vem sendo utilizada no Brasil principalmente no âmbito familiar, do qual será o enfoque desse artigo.

O ser humano desde o início dos tempos tende a viver em grupos, em meios aos quais é necessário manter relações de convivência uns com os outros. Essa convivência gera muitas das vezes conflitos, e no meio familiar também não é diferente, pelo contrário, cada vez mais nosso judiciário se encontra repleto de processos dessa espécie.

Se for feita uma análise no tempo encontrar-se-á justificativas para todo esse abarrotamento nas Varas de família. A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um novo modelo de família, onde a mulher ganha seu espaço na sociedade, no mercado de trabalho e se estabelece financeiramente por seus próprios meios. Logo mais tarde o Código Civil de 2002 trouxe para a mulher uma independência dentro da própria família, conferindo poderes para que ela também administrasse o poder familiar. Diante essa evolução surge a necessidades de resolver problemas trazidos com essa nova composição familiar, uma vez que as famílias se desmembram, se alteram e se refazem com mais frequência, surgindo ai a necessidade de se tratar o divórcio, os alimentos, a guarda, dentre outros.

Com o judiciário lotado, com a falta de tempo dos magistrados e muitas das vezes sua falta de olhar humanizado para lidar com essas causas é que se faz importante o papel da mediação no âmbito familiar. O papel do mediador é extremamente relevante, ao analisar não somente os fatos, mas os sentimentos que

os rodeiam, facilitar o diálogo e fazer com que as partes encontrem uma solução através de um consenso para o bem comum.

O mediador além de tudo deve seguir princípios, como o da imparcialidade, o da isonomia, tratar as partes de forma igualitária, agir com confidencialidade, pois as pessoas lhe fornecem dados pessoais principalmente na mediação familiar, uma vez que as pessoas se abrem, falam de seus sentimentos mais íntimos, medos e receios, e interessante se faz porque nesse diálogo é que o mediador consegue enxergar além e reconhecer os reais interesses da parte, e não só o objeto de conflito ali apresentado.

As mediações no âmbito familiar exigem do mediador uma postura mais sensível, pois muitas das vezes existe uma série de fatores por trás dos fatos propriamente ditos, ou também uma série de consequências, como no caso do divórcio, por exemplo, temos a questão patrimonial, alimentos, guarda dos filhos e visitação.

Pacha (2019) em seu livro “A vida não é justa”, não somos preparados para o desenlace, assim, um processo que envolve uma família deve ser tratado com o máximo de cuidado, por envolver pessoas, pais e filhos e sentimentos que terão reflexos por uma vida toda.

A mediação pode se prolongar por mais de uma sessão, sendo possível até mesmo sessões para acompanhamento e análise do desenvolvimento do acordo celebrado.

O juiz não participa das sessões de mediação, caso as partes se acordem o mediador irá lavrar o termo final, nos casos de interesse de incapaz o Ministério Público será ouvido.

Pode-se concluir que a mediação familiar se faz fundamental como um meio alternativo para resolver os conflitos que rodeiam a família, observados as especificidades desses conflitos e a necessidade de manutenção do vínculo familiar. A mediação celebra o diálogo, gera reflexões e permite que as pessoas encontrem a melhor forma para resolver seu conflito. Trabalha com a política do ganha-ganha, ou seja, ninguém sai perdendo.

Em uma mediação onde é resolvido os conflitos de um divórcio, por exemplo, todos sairão vitoriosos, os filhos principalmente, crescerão emocionalmente fortes e sabendo a melhor forma para lidar com algum conflito que surgir.

Tipos de guarda

O fim do relacionamento entre duas pessoas não extingue a formação familiar, ambos os pais, juntos ou não, têm direitos e obrigações quanto aos filhos, o fim da união não pode interferir no exercício do poder familiar. Vejamos o Art. 1636:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável (BRASIL, 2002).

Contudo, quando o rompimento da relação entre homem e mulher acontece, se faz necessário regularizar a guarda do filho menor, pois embora a ambos os pais os filhos pertençam, para segurança e bem do menor deve ser fixada uma guarda.

No Direito de Família sempre foi objeto de muita discussão e polêmica a guarda do filho menor, quando os pais se divorciam. A Guarda compartilhada veio para inovar o meio e apresentar uma forma de ambos os pais participarem de forma ativa na vida dos filhos.

No ordenamento jurídico brasileiro podem-se considerar três tipos de guarda que são os mais usados, sendo elas: Unilateral, Alternada e Compartilhada.

A Guarda Unilateral confere a guarda para um dos pais, ficando estabelecido para o outro o direito para visitar, mas não podendo isso impedir ao genitor que não possuir a guarda do menor exercer seu papel e poder na vida do filho, não competindo a ele apenas o residir com o filho.

O artigo 1.583 do Código Civil (2008) que prevê e regulamenta essa possibilidade:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

No que se refere a guarda unilateral o Código Civil (2008) elenca critérios para a análise do genitor que pertencerá a guarda:

Artigo 1583, parágrafo 2º:

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

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

II - saúde e segurança;

III - educação.

Para Dias (2011 *apud* Ortega 2016, s. p.) a Guarda Alternada é:

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

É uma modalidade onde os pais alternam a guarda dos filhos de forma que a cada um pertença de forma plena a guarda no momento em que estiver com o filho. Esse tipo de guarda não é regulamentada no Brasil.

A Guarda compartilhada antes mesmo de ter uma legislação expressa já era considerada pela doutrina e jurisprudências. Mas foi depois de sua formalização expressa pelos artigos 1583 e 1584 do Código Civil que ela ganhou e vem ganhando mais destaque ainda no Direito de família.

Esse instituto foi criado para garantir o bem estar do filho diante de uma situação complicada para ele que é a separação dos pais. Filho não separa de pai e mãe, a relação parental entre eles se estende por toda vida. Para uma criança é importante a convivência com ambos os pais, para que ela cresça segura, crie sua identidade e forme suas referências como pessoa.

Na guarda compartilhada o pai e a mãe possuem juntamente a guarda do filho, ambos de forma planejada, pacífica e efetiva dividem as responsabilidades, cuidam, tomam decisões em relação ao filho assim como também têm os momentos de lazer, afeto e carinho de forma que a criança não sinta ou sofra com o fim da relação dos pais.

A mediação familiar como auxílio na escolha da guarda compartilhada

A Guarda Compartilhada foi criada com o intuito de proteger a família, resguardar o direito do menor de não perder sua referência de família com o rompimento da relação conjugal dos pais.

A Mediação Familiar tem um papel muito importante: facilitar um diálogo para solucionar conflitos que foram ocasionados dentro do âmbito familiar, afim de que os entes familiares resolvam suas desavenças e convivam da melhor maneira possível, com respeito e dignidade.

O mediador deve esclarecer sem opinar ou julgar as partes, colocar em ênfase o bem estar da criança e os direitos da criança como prioridade, orientando os pais sempre de como devem agir pra não prejudicar os filhos.

Existem vários projetos e iniciativas para ajudar as famílias dentro da mediação. A Oficina pais e filhos, por exemplo, incentivada e promovida pelo CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) ajudam pais recém separados a lidarem com o fim da relação conjugal sem deixar com que isso afete a vida dos filhos, seus desenvolvimentos escolares, sua vida social, sua saúde física e psicológica. Fala sobre a importância da Guarda Compartilhada para o menor e como os pais devem lidar e facilitar esse convívio, de como o respeito na relação de um para com o outro e de ambos para com o filho é importante, de como o diálogo pode solucionar e evitar muitos desgastes na nova relação, afinal uma relacionamento amoroso se encerrou, mas a relação parental permanecerá em virtude dos filhos.

Interesse do menor e a guarda compartilhada

Com a escolha da guarda compartilhada o menor é o maior beneficiado, uma vez que uma criança que convive efetivamente com ambos os pais terá um melhor desenvolvimento, uma estrutura psicológica forte e melhores rendimentos em vários aspectos da sua vida. Ter uma referência materna e paterna é de suma importância pra criança, ela necessita do afeto de ambos os pais, de aprender com um e outro. O filho convive nos lares dos dois pais, mantém relação com a nova família que eles

vierem a formar e por fim, a criança não precisa se sentir pressionada ou dividida em ter que escolher um dos dois.

Os pais também ganham muito com a guarda compartilhada, ter com quem dividir as responsabilidades de um filho e as despesas é privilegio. Além do lado psicológico da coisa, os pais harmonicamente criando seus filhos são adultos seguros, maduros e que se respeitam acima de qualquer diferença.

Dispõe no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio do Melhor interesse do Menor, no qual foi criado para defender direitos de crianças e adolescentes e artigos dentro da própria Constituição Federal (2001) que defende esses direitos.

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 (p. 128-129).

Sendo o direito à convivência familiar um dos embutidos no artigo mencionado, analisando que o tipo de guarda que atende de forma mais ampla esse direito da criança e do adolescente é a Guarda Compartilhada.

Cuidados a serem tomados com a escolha da guarda compartilhada

Pelo caminho, ao se estudar a fundo o instituto da Guarda Compartilhada é possível observar algumas problemáticas que são debatidas e colocadas em questão. Como, por exemplo, o filho que vive sob regime de guarda compartilhada pode sofrer com algumas questões como a falta de referência e identidade quando se refere a sua residência. De fato isso pode ser considerável um problema quando a Guarda Compartilhada não for administrada de forma correta, o filho não pode se sentir visita na casa de um dos genitores, pelo contrário, ele tem dois lares, duas casas, essa é a finalidade da Guarda compartilhada, fazer com que a criança se sinta família de ambos os genitores.

Outro problema diz respeito à convivência dos pais, da falta de harmonia entre eles que pode acarretar em uma série de problemas na vida dos filhos. Os pais precisam assumir verdadeiramente o papel que possuem na vida dos filhos, na Guarda compartilhada eles precisam conversar, tomar decisões e fazer escolhas no

que diz respeito a vida dos filhos, por isso é de suma importância uma boa convivência e respeito acima de tudo.

Como as famílias se reestruturam

Quando um casal se divorcia a família não se extingue, ela se recompõe em outros vários tipos de família. A família carrega a marca das diversas mudanças pela qual passou, ela vive em constante mudança, se cria e recria, formando assim uma pluralidade de entidades familiares.

De acordo com o doutrinador Pereira (2007, p. 19):

Considera-se família em sentido genérico e biológico, o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

As novas formações familiares encontram proteção no artigo 226 da Constituição da República de 1998 (2001), artigo este que se preocupou também com os problemas ainda não superados que desencadeiam geralmente da ruptura do relacionamento.

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 (p. 128).

Embora a Constituição Federal reconheça apenas a Família Nuclear, aquela velha e típica família tradicional formada por uma mãe e um pai e seus filhos, tem também os seguintes tipos de famílias reconhecidas hoje no âmbito jurídico

brasileiro, na Antropologia, em Doutrinas e Jurisprudências os demais tipos de famílias que são aplicados em audiências em processos que são realizados na Vara de Família. Assim, existem:

Família Monoparental, que é composta por apenas um dos pais, ou seja, o pai ou a mãe e os filhos.

Família Recompuesta, formada por um casal que vem com seus filhos de outros relacionamentos formando assim uma nova família.

Família Ampliada, que é a formada por mais membros que não sejam apenas pais e filhos, mas também os avós, tios, primos.

Família Binuclear são aquelas formadas por dois lares que se formam após o divórcio, duas pessoas que se unem com suas famílias já formadas.

Família Homoafetiva que é composta por duas pessoas do mesmo sexo, com filhos ou não.

Família Canguru que é composta por pai, mãe e filhos mais velhos que ainda não saíram de casa.

Família Unipessoal que é uma só pessoa, a pessoa que vive sozinha, sem entes familiares, essa pessoa também é uma família.

Dessa forma o menor que tiver sua família natural desfeita em virtude de um divórcio, será sempre recompuesta. Não importa qual a sua composição, mas toda criança e adolescente necessita de uma família, um lar. Um lugar no qual ele se sinta amado, querido, protegido e amparado, daí a importância da Mediação Familiar.

Conclusão

O presente trabalho analisou como a mediação familiar pode atuar na estruturação da família, trabalhou também os tipos de guarda e qual o tipo é o mais adequado para atender o melhor interesse do menor.

A mediação familiar é um método de pacificar litígios no que diz respeito a conflitos familiares. É uma forma humanizada de analisar o conflito por inteiro e encontrar através de um acordo uma alternativa que melhor atenda todas as partes envolvidas.

O mediador é a figura que coordena a mediação, mas a ele não cabe tomar decisões, ele é apenas um pacificador que orienta as partes da melhor forma, e imparcialmente, a chegarem onde pretendem. No caso da Mediação Familiar, modalidade abordada pelo trabalho apresentado, o mediador deve explorar mais ainda seu lado sensível e compreensível, afinal um conflito gerado dentro da família tende a tomar proporções muito maiores e fazer com que uma família toda sofra as consequências.

No que se refere ao tipo de guarda que melhor atende o interesse do menor, considera-se dentre as modalidades estudadas a guarda compartilhada como sendo a mais adequada, ainda que existam algumas questões que são debatidas e pontos negativos associados à guarda compartilhada, ela se destaca ao garantir ao menor o direito à convivência familiar.

Diante dos pontos apresentados, os argumentos trazidos sobre a Mediação Familiar e os tipos de guarda são eficazes e funcionam na solução de conflitos.

Referências

BRASIL. **Resolução 125, de novembro de 2010**, Conselho Nacional da Justiça, Brasília, DF, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 18 set. 2019.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Institui o Código Civil**. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-1636>. Acesso em 10 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002** – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em 15 set. 2019.

CONCEITOS BÁSICOS DE MEDIAÇÃO. LIMA, F. M. D. de A. *et al* (orgs). 1 ed. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda., 2017.

GODOY, P. Y. R. de C. **A modalidade da Guarda Compartilhada agora é regra** – Inovações da nova lei. 2019. Disponível em <https://blog.juriscorrespondente.com.br/a-modalidade-da-guarda-compartilhada-agora-e-regra-inovacoes-da-nova-lei/>. Acesso em 15 set. 2019.

MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: Breves conceitos. LIMA, F. M. D. de A. *et al* (orgs). 1 ed. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda., 2017.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE MEDIAÇÃO E GESTÃO DE CONFLITOS. LIMA, F. M. D. de A. *et al* (orgs). 1 ed. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda., 2017.

ORTEGA, F. T. **Quais são as espécies de guarda no direito brasileiro?** 2016. Disponível em <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/439791372/quais-sao-as-especies-de-guarda-no-direito-brasileiro>. Acesso em 10 set. 2019.

PACHÁ, A. **A vida não é justa**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V – Direito de Família. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.