



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JOSÉ JACKSON DE QUEIROGA

MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTOS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

SOUSA-PB

2015



JOSÉ JACKSON DE QUEIROGA

MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTOS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Campina Grande-UFCEG na área de Direito Público como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Esp. Rubasmate dos Santos Sousa.

SOUSA-PB

2015



JOSÉ JACKSON DE QUEIROGA

MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTOS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Nome Completo (orientador)
Titulação
Instituição

Nome Completo
Titulação
Instituição

Nome Completo
Titulação
Instituição

CONCEITO FINAL: _____

Dedico este trabalho ao Senhor meu Deus, pai bondoso e cuidador, a quem devo a minha vida.

À minha família, em especial minha esposa Paloma Santos e nossos filhos pelo amor, companheirismo e união.

AGRADECIMENTOS

Ao nosso grandioso Deus, como todo seu poder e benignidade.

Aos meus pais José Honório de Queiroga e Maria das Dores Abrantes de Queiroga (*In memoriam*), minha esposa Paloma Santos, minha filha Enya Naomi e nosso (a) segundo (a) filho (a) que, mesmo antes de nascer, é minha fonte de inspiração e motivação, meus irmãos que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

À professora Rubasmate dos Santos de Sousa pelo estímulo recorrente, paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos e colegas pelo apoio constantes.

Não deixe que a saudade sufoque, que a rotina acomode, que o medo impeça de tentar. Desconfie do destino e acredite em você. Gaste mais horas realizando que sonhando, fazendo que planejando, vivendo que esperando, porque, embora quem quase morre esteja vivo, quem quase vive já morreu.

(Luis Fernando Verissimo)

RESUMO

O estudo aborda o instituto da guarda dos filhos quando da separação dos seus pais, na perspectiva de encontrar e validar soluções para minimizar os efeitos maléficos a que são submetidos os menores em sua hipervulnerabilidade. Nesse sentido a preocupação jurídica de analisar se a guarda compartilhada como também do instituto da mediação, são instrumentos capazes de tornar mínimas as sequelas resultantes da dissolução do vínculo existente entre os pais. Os efeitos da dissolução do liame conjugal, com os danos que essa ruptura familiar causa na vida da prole devido ao possível sentimento de abandono por parte de um dos genitores, enfocando a alienação parental como questão prioritária na discussão, onde o comportamento desencadeado pelo genitor guardião tem por objetivo limitar ou impedir o convívio do outro genitor com o filho comum. Para o esclarecimento do debate jurídico e uma melhor compreensão do tema, é traçado, primeiramente, um breve histórico do poder familiar, desde sua gênese, até sua substituição com o código civil brasileiro de 2002 e dois tipos de guarda: a compartilhada e a unilateral, lastreadas pelo princípio do melhor interesse da criança e da solidariedade. Trata ainda da eficácia da mediação que intui em preparar o caminho para uma dissolução conjugal amigável, evitando que o litígio se prolongue e os desgastes se perpetuem, obtendo uma solução em favor do melhor interesse do filho na decisão da responsabilidade, mostrando que a mediação é extremamente viável e a guarda compartilhada a mais eficaz.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Mediação, Alienação Parental.

ABSTRACT

The study addresses the guardian institute of children when the separation of their parents with a view to find and validate solutions to minimize the harmful effects to which minors are subject in their hipervulnerabilidade. In this sense the legal concern to analyze whether the shared custody as well as the mediation institute, instruments are able to make minimum the after-effects from the dissolution of the link between the parents. The effects of the dissolution of the marriage bond, with the damage that family breakdown cause in the offspring of life because of the possible feeling of abandonment by a parent, focusing on parental alienation as a priority issue in the discussion, where the behavior triggered by the custodial parent It aims to limit or prevent the interaction of the other parent with the common son. For clarification of the legal debate and a better understanding of the subject, is drawn, first, a brief history of family power, from its genesis until its replacement with the Brazilian Civil Code of 2002 and two types of custody: a shared and unilateral , backed by the principle of the best interests of the child and solidarity. Also deals with the effectiveness of mediation that intuits in preparing the way for a friendly marital dissolution, preventing the dispute is prolonged and wear are perpetuated by getting a please in solution in the best interests of the child in the responsible decision, showing that mediation is extremely viable and shared custody the most effective.

Keywords: Joint Custody, Mediation, Parental Alienation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. PODER FAMILIAR.....	12
2.1 Conceito e historicidade.....	12
2.2 Das espécies de guarda.....	16
2.3 Princípios informadores.....	20
3. DA MEDIAÇÃO.....	27
3.1 Conceito e historicidade.....	27
3.2 O papel do mediador.....	33
3.3 Procedimentos no processo de realização da mediação	36
3.4 Mediação familiar.....	38
4. ALIENAÇÃO PARENTAL E O VETO DO ARTIGO 9º DA LEI 12.318/2010.....	44
4.1 Alienação parental: Conceito e finalidade.....	44
4.2 Comentários gerais da lei 12.318/2010 – alienação parental.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

A alienação parental, muitas vezes, é resultante da dissolução das entidades familiares, que por alguma razão, trouxe para um dos genitores um sentimento de raiva, traição, ou até mesmo de vingança, instigando uma batalha difamatória para que o filho do casal alimente em si toda a frustração e impotência diante do término da relação. Assim, a “criança alienada” passa a ser fantoche do “genitor alienante ou alienador”, em um verdadeiro processo de doutrinação. Trata-se de um assunto sério, polêmico, que merece debates e discussões, visto que são rompidos os laços afetivos com o pai, ou a mãe, ou até um dos avós, que, indiscutivelmente, são fundamentais na educação dos filhos.

A privação do convívio, resultante da alienação parental, traz, como será analisado no decorrer do trabalho, efeitos desastrosos no desenvolvimento psicossocial dos alienados, transformando-os, muitas vezes, em crianças que nutrem sentimentos de baixa estima, exteriorizam comportamentos regressivos, apresentam agressividade, dentre outros.

O Poder Judiciário, nesses casos, deve intervir pelos maiores prejudicados, que, incontestemente, são os filhos, com o fito de impedir maiores sequelas a eles. Papel este que deve ser exercido mesmo que o jurista seja procurado pelo genitor alienante.

Desse modo, acima de qualquer acusação ao genitor alienado, deve-se investigar por parte judicial e psicológica a realidade desses conflitos no relacionamento como um todo. Sendo que, na maioria das vezes, o cônjuge que detém a guarda se apossa da vida dos filhos como forma de se vingar do ex-cônjuge, dificultando visitas, criando formas de inibir ou extinguir a vontade da criança de fazer atividades com o pai, ou até mesmo em casos extremos, acusam-no de ser uma pessoa perigosa, ou de tentar agredir sexualmente o filho (a).

Será empregado como método de abordagem o dedutivo que parte da generalização para a particularização, tendo como método de procedimento histórico evolutivo e com técnica de pesquisa, a bibliográfica.

No primeiro capítulo será analisado o poder familiar, frisando sobre a disputa pela guarda e os princípios do melhor interesse da criança e solidariedade fomentando o debate sobre os direitos de personalidade das crianças e dos

adolescentes, enfatizando que a alienação parental fere a dignidade da pessoa humana. Ademais, traz a Alienação Parental como forma de intimidação e desprezo e violência.

No segundo capítulo é feita uma análise da probabilidade da utilização do meio de autocomposição da mediação no âmbito do direito de família, verificando que este instituto deve ser bem vindo e prestigiado porque é uma ferramenta no tratamento dos conflitos familiares, sendo que através dela, com a inclusão do mediador, um terceiro, imparcial, neutro na relação, que tem como objetivo o papel de facilitador na comunicação dos indivíduos envolvidos nos conflitos familiares, fazendo com que as partes encontrem uma solução benéfica, principalmente pelo fato dessa relação possuir vínculos vitalícios, de pais e filhos.

Por fim, no terceiro capítulo, será feito comentários à Lei 12.318/2010, salientando a sua importância na tutela dos direitos de personalidade das crianças.

Objetiva, pois, o presente trabalho acadêmico, trazer a discussão sobre a alienação parental, visto que uma prática tão corriqueira na sociedade é extremamente danosa e que tanto a Lei 12.318/10 como a possibilidade de autocomposição através da mediação são recursos propícios a serem usados pela sociedade em favor da família.

Tem por fim, ademais, frisar a importância da Lei da alienação parental, para que o Estado através do Judiciário tenha uma postura mais atuante diante desses atos, visando impedir o surgimento ou a continuidade da Síndrome da Alienação Parental (SAP).

2. PODER FAMILIAR

2.1 Conceito e historicidade

O poder familiar advém de um regime antigo, mais precisamente no Direito Romano, chamado pátrio poder, adotado pelo Código Civil, que na época tinha uma expressa conotação de que o chefe da família tinha o poder absoluto sobre os integrantes da família, onde esse poder era único, e somente o pai, na figura de chefe da família, ditava as regras.

Contudo, em 1962, entrou em vigor o Estatuto da Mulher casada pela Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, no qual que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, lhe dando direitos e proteções perante o grupo familiar.

Todavia, na época, esse Estatuto da Mulher Casada, alterou a redação do artigo 380 do Código Civil de 1916, tornando o poder familiar igualitário entre os pais, atribuindo à mãe a oportunidade de auxiliar em igualdade na estrutura de sua família e se por ventura acontecesse algum tipo de conflito entre eles, a mãe no seu papel de protetora da entidade familiar teria que recorrer à justiça.

A expressão “Poder Familiar” substituiu o “Pátrio Poder”, com o surgimento do Código Civil de 2002 que supriu o código de 1916 e trouxe para a família em suas diversas formas e ampliações sobre o ente familiar à consagração do princípio da igualdade entre marido e mulher, bem como igualdade entre os filhos, sendo todos respeitados em sua dignidade independente de sua origem familiar (GONÇALVES, 2012).

Para Gonçalves (2012, p. 415):

A igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges só se concretizou com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo art.226, § 5, dispôs: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Em harmonia com o aludido mandamento, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 21: “O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

Com o mesmo entendimento doutrinário, Dias (2013), exalta que com a mudança deixou de lado o poder-dever e tornou o poder familiar um sinônimo de

proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Houve algumas críticas em relação a essa mudança do pátrio poder para poder familiar, visto que para alguns somente retirou a ênfase do pai para a família. Rodrigues cita que uma das críticas foi que a mudança “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que antes de um poder representava obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.” (RODRIGUES, 2004, p. 355).

Para Lôbo (2011) por mais que o poder ainda possa existir, é melhor do que a antiga expressão que fora estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente na época, porém afirma que “A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento” (Lôbo, 2011, p. 295).

A mudança não ocorreu para que o pai fosse excluído da entidade familiar e sim para que ambos, pai e mãe, escolhessem junto o que fosse melhor para a família e principalmente para o filho, o dever de amar, de cuidar e educar e ensinar, por isso a Constituição Federal de 1988 trouxe para família, mais afeto, mais amor, mais atenção ao verdadeiro valor da concepção de uma entidade familiar.

Dias (2013, p. 435) retrata que “o poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas do direito de família [...]”. Talvez, seja por isso que para alguns a mudança de expressão não tenha dado diferença, visto que a imposição de poder e de dever ainda exista.

Contudo, a imposição do poder e dever não podem ser excluídas visto que os filhos precisam de educação, precisam de pais ensinando e até mesmo impondo determinadas regras para o melhor crescimento e futuro de seus filhos, pois os filhos são os reflexos dos pais.

A respeito da definição do Poder familiar, Diniz (2009, p. 552) conceitua da seguinte maneira:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor e não emancipado. Se porventura houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz a solução necessária, resguardando o interesse da prole [...]

O que o poder familiar traz é a mudança na educação, na forma de transmitir o afeto à criança e do adolescente, forçando aos pais a convivência com seus filhos de maneira educativa, pois a educação principal que uma criança necessita é dos seus pais, pois têm o dever de transmitir aos filhos, para que eles se tornem um adulto de boa índole, de princípios, de costumes familiares, de maneira agradável que desperte na criança um interesse sadio. A criança precisa crescer e ter uma mente aberta para o mundo, através da consistência de seus pais, a igualdade inserida com a vinda do poder familiar é justamente para a criança ou o adolescente ter respeito a sua pessoa, ser incluída nas decisões postas sobre elas, pois o que faz sentido ao poder familiar é obter um cuidado e proteção aos filhos (DINIZ, 2009).

Esse poder-dever não pode ser descuidado, devendo ser exercido de forma responsável. Dias (2013, p. 436) leciona que “O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

Ainda nesse contexto, o citado autor (2011), ressalta que é nulo aos pais ou responsáveis desconstituir seu poder familiar. Cabe ao responsável é outorgar seus poderes a um terceiro, preferencialmente a uma pessoa da família. Caso contrário, será considerado crime entregar seu filho a um desconhecido.

Pode se observar que o poder familiar é constituído pelo “múnus público” e segundo Diniz (2012, p. 602) “é uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo”.

O artigo 1634 do Código Civil descreve diversos direitos e deveres relativos aos pais, em relação aos filhos menores, mas cabe aqui ressaltar os que são visivelmente mais importantes, tais como “dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda”, “representá-los até os dezesseis anos nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento” e “exigir que lhes prestem obediência, respeito, e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Completa Gonçalves (2010, p. 402):

I-O dever de dirigir a criação e educação dos filhos menores. É o mais importante de todos. Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à

sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva também o moral, pra que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.

O novo retrato do poder familiar foi modificado pelo princípio da proteção integral da criança e do adolescente, configurando infração passível à pena de multa. Conforme o artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando claro que quem “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”, será aplicado a multa de “três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

E também configura o crime de abandono material pela esfera penal, através do artigo 244 do Código Penal, e o artigo 1638, inciso II do atual Código Civil enseja a perda do poder familiar, entretanto, cabe ressaltar que mesmo os genitores perdendo a guarda dos filhos, estes não perdem o dever de sustento, ou seja, a obrigação de alimentar ainda continua, uma vez que o dever não condiz com a suspensão, pois a natureza da suspensão é a punição.

Contudo, o artigo 1638 do atual Código Civil citado acima retrata a desconstituição do poder familiar, que serão aplicáveis quando: “castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

A respeito do cuidado e proteção da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, retrata as consequências impostas aos responsáveis, caso não cumpram com seus deveres, estando nos artigos 155 a 163, assim como a suspensão do poder familiar, decretado no artigo 157 do referido Estatuto.

O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de suas diferenças, intercalam sobre o poder familiar, tendo suas prevalências, para Lôbo (2011, p. 299), “o Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o Código Civil opta pelas dimensões dos exercícios dos poderes.” Porém só existe no Estatuto a suspensão do poder, não sendo do ramo do Código Civil este tipo de responsabilidade.

Sobre a suspensão familiar, Massino Bianca (1989 *apud* LÔBO, 2011, p.307) explica o conceito sobre o assunto:

A suspensão familiar é um remédio aplicável quando se caracteriza a inidoneidade do genitor a gerir apropriadamente os interesses econômicos

do filho. Em vez de suspendê-lo, dependendo das circunstâncias, o juiz pode limitar-se a estabelecer condições particulares às quais o genitor ou genitores devem atender (o juiz pode, por exemplo, impor ao genitor a nomeação de um profissional com funções administrativas ou contábeis).

Esse tipo de sanção visa de todo modo proteger o melhor interesse da criança, afastando de todo má influência que um dos genitores pode causar a ela desobedecendo à regra do poder familiar previsto em lei. Isso ocorre para que os genitores possam enxergar o quanto estão errando ao perder o poder de seus filhos, seja pela guarda seja pelo poder de visita, mostrar que eles são um exemplo para os filhos e sendo assim tem que ter discernimento em suas atitudes pois seus erros podem recair em seus filhos (LÔBO, 2011).

Sendo assim, o poder familiar goza do pleno desenvolvimento dos pais perante aos filhos, formando eles física, mental, espiritual e socialmente, não dependendo do fato dos pais estarem juntos ou não.

2.2 DAS ESPÉCIES DE GUARDA

Cumpre esclarecer que nem toda família construída consegue manter seu elo para toda a vida, e esta linha do equilíbrio acaba sendo rompida através da ruptura do casamento ou da união estável por um dos genitores, por não terem mais condições de conviverem sobre o mesmo teto. E através deste acontecimento nem sempre compartilham da mesma ideia a respeito da guarda de seus filhos, nascendo assim à disputa pela guarda da criança ou do adolescente.

Para Dias (2013, p. 451):

Falar em guarda de filhos pressupõe em separação. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência familiar com ambos os genitores.

O que muitas vezes não é compreendido é que o fim do relacionamento dos genitores não deve acarretar a ruptura dos laços afetivos entre eles e os filhos, visto que o exercício do poder familiar prevalece e em nada afeta a decisão de separação dos pais, a unidade familiar é um elo sem fim.

A guarda existe para exprimir proteção, tendo vigilância e zelo de determinado genitor ou responsável que se encontre em sua custódia, para o filho proporcionando assistência moral e educacional. A guarda não é admitida apenas

aos pais, pode ser concedida a qualquer pessoa desde que seja preferencialmente da família.

Fraga (2005, p. 32) faz menção sobre a definição da expressão “guarda” através dos pensamentos dos autores Plácidos e Silva:

Guarda dos filhos. É locução indicativa, seja do **direito** ou do **dever**, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de **ter em sua companhia ou de protegê-los**, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E **guarda**, nesse sentido, tanto significa a **custódia** como a proteção que é devida aos filhos pelos pais. (grifos do autor)

Para Dias (2013, p. 439) a guarda absorve o poder familiar em alguns aspectos, pois “a falta de convivência sobre o mesmo teto não limita nem excluiu o poder-dever dos pais, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia”. A escolha pela guarda da criança ou do adolescente será sempre através do princípio do melhor interesse da criança.

A guarda sobre os filhos está inserida na Lei 6.515 de 25 de dezembro de 1977, que regula casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, consta também no atual código civil nos artigos 1.583 e 1.584 e no Estatuto da Criança e do adolescente nos artigos 33 a 35.

Deste modo, o Artigo 1583 do Código Civil, caput e parágrafo primeiro, cita dois tipos de guarda: a unilateral e a compartilhada. Todavia, esta última intensifica a união familiar entre pais e filhos e é a mais recomendada.

A fim de maiores esclarecimentos e entendimentos a cerca da espécie de cada guarda, será elaborado um estudo sobre as duas modalidades.

Embora a guarda compartilhada seja a melhor opção escolhida pelos juízes, conciliadores e mediadores, o ordenamento jurídico também prevê a possibilidade da guarda unilateral, ou seja, guarda somente a um dos pais, quando ambos rejeitam a guarda compartilhada. A referida guarda fundamentada no artigo 1.583, parágrafo primeiro, do Código Civil, segundo o qual: “Compreende-se por guarda unilateral a um só dos genitores ou a alguém que o substituta [...]”, ou seja, é estabelecida quando não ocorrer um acordo entre os pais.

De acordo com o entendimento de Dias (2010, p. 439) “a guarda unilateral afasta sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.”.

No parágrafo segundo, do artigo 1.583 do Código Civil, o juiz impõe que a guarda unilateral será para o genitor que obter melhores condições e que tenha afeto com a criança ou o adolescente, que dê saúde, segurança, e principalmente educação. Ou pode o juiz optar por enviar um requerimento ao Ministério Público encaminhando o caso em questão para averiguar qual dos genitores tem melhor aptidão e condições de criar e sustentar o(s) filho(s).

Ao genitor não guardião cabe direito de visitas, tendo por sua obrigação cuidar dos interesses da criança ou do adolescente e vigiar sua educação e sua manutenção. E segundo Dias (2013) o direito de visitas é para preservar a convivência do pai com o filho mesmo não morando no mesmo teto e de acordo com o princípio da proteção integral, é necessário estabelecer as formas de convivência ao em vez de regulamentar visita.

“Estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado 'abandono material” (GONÇALVES, 2011, p. 294).

Caso um dos genitores não cumpra com as obrigações impostas com as visitas, estará sujeito a imposição de pena pecuniária, podendo até perder o poder familiar, nos moldes do artigo 1.638, inciso I, do Código Civil. Cabendo também ação de indenização por dano moral em decorrência do abandono.

Preconiza Dias (2011, p. 461) que:

Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, se sujeita a ser responsabilizado. Tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com o mesmo. A genitora pode ser penalizada por sua postura, e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo.

Assim, não restam dúvidas que a guarda unilateral deva ser sempre que possível evitada, dando sempre preferência ao compartilhar da guarda entre os pais, pois como foi demonstrado é a mais adequada para atingir o melhor interesse da criança no convívio familiar.

Na ruptura da entidade familiar, ambos os pais, tem o dever de exercer conjuntamente a guarda dos filhos assim como o poder familiar. E o constante desafio do poder familiar é fazer com que os pais possam conviver em harmonia para o melhor crescimento de seus filhos, e claro que a melhor alternativa para isso é ambos optarem pela guarda compartilhada.

Foi aprovada a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, na qual designou a guarda compartilhada no ordenamento jurídico, com o objetivo de amenizar os efeitos frustrantes ocasionados pela separação dos pais na vida dos filhos.

“O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar” (DIAS, 2013, p. 454). Ou seja, faz com que os pais fiquem mais próximos do cotidiano dos filhos, fazendo-se presentes, e mostrando a criança que o laço afetivo continua e a separação de fato entre eles nunca ocorrerá.

Aduz Gama (2008, p. 277):

A modalidade de guarda compartilhada objetiva perpetuar a relação da criança ou do adolescente com seus pais, no período posterior à dissolução da união conjugal, permitindo o resguardo do melhor interesse do menor, e assegurando a igualdade dos gêneros – homem e mulher – no exercício da autoridade parental.

O melhor interesse da criança é o compartilhamento da guarda, pois a menor não pode ser privado da convivência dele perante aos pais. A guarda compartilhada está vinculada no artigo 1.583, parágrafo primeiro, segunda parte, do Código Civil, da seguinte forma: “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.” O artigo 1.584, parágrafo primeiro, do citado diploma legal informa que ao ocorrer à audiência sobre a guarda dos filhos, o juiz sabendo que o pedido é da guarda unilateral, ainda sim ele esclarece o significado da guarda compartilhada e informa como é importante para a criança esta escolha.

Para Dias (2013) “o direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”.

Todavia, se os pais não concordam com esse tipo de guarda é melhor não compartilhar, pois sua decretação poderá e muito atrapalhar a vida dos filhos bem como a integridade deles. Ou seja, a guarda compartilhada somente tem que ser quando existir de verdade uma harmonia entre os pais, caso contrário não deve ser imposta (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Entretanto, Dias (2011) entende que não se pode pensar a grosso modo, pois:

A tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de **determinação judicial**, sob a justificativa de que é necessário o consenso entre as partes. Porém, a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser sim a guarda única propiciadora

de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, a guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos. (grifo do autor)

De acordo com Artigo 1.584, parágrafo único, do Código Civil, por mais que os pais ainda rejeitem o compartilhamento da guarda, o juiz verificando que ambos possuem condições plenas de conviverem com os filhos, deve ainda sim optar pela guarda compartilhada, encaminhando os pais para acompanhamento psicológicos, de maneira que entendam que seus filhos são os mais afetados perante aos desentendimentos do casal, e que eles percebam a importância deles na vida dos seus filhos e que, portanto precisam desempenhar o papel de pais de maneira saída, harmoniosa e satisfatória para eles.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011) a guarda compartilhada possui total persuasão a fim de combater a alienação parental, pois se institui através desta guarda o exercício conjunto dos pais, deste modo, os pais não terão o porquê de colocar o filho um contra o outro.

Importante frisar que a criança é o principal foco desta ação e é ela que deve ser preservada de todo o acontecimento da separação, não sujeitando ser objeto de vingança, pois a criança é um ser muito sensível e nessas ocasiões ficam totalmente frágeis, justamente por serem assim seria de bom consentimento que não ocorresse tal árdua disputa pela guarda e a excessiva regulamentação de visita, pois afeta somente a criança e não aos pais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 601).

Assim, com o embasamento exposto, tem se que a guarda compartilhada é a melhor opção, pois diminui os efeitos da separação aos olhos dos filhos, mantém os direitos e deveres do poder familiar.

2.3 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES

Antes da Constituição de 1988 entrar em vigor, o direito a convivência familiar era demonstrado apenas através da manutenção dos filhos na presença dos pais ou responsáveis, que era somente em torno dos interesses do grupo familiar, como estudado no primeiro tópico sobre o poder familiar.

Hoje a convivência familiar se transformou e originou várias mudanças, tendo como foco os sujeitos do grupo familiar, ou seja, pais e filhos, e expandiram além das atenções das figuras paternas.

A Carta Magna de 1988 instituiu a definição da convivência familiar e do melhor interesse da criança, na qual garante e impõe o dever da família, da sociedade e do Estado fazendo jus à garantia e a proteção da criança, do adolescente, cercando-os de condições e qualidade de vida acessível e respeitável.

A convivência familiar está assegurada pelos artigos 4º, caput, e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente denominado como ECA. A criança e o adolescente, por terem suas condições individualizadas, tem seus direitos específicos regidos pelo artigo 4º do ECA, que é de suma importância frisar:

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.

Elevar o direito fundamental da criança à convivência familiar é a maneira mais adequada de constituir o melhor interesse da criança, o artigo 226 da Lei Magna, “caput”, dispõe que “a família é a base da sociedade”.

Essa autenticidade está especificada em 33 artigos, no Estatuto da Criança e do Adolescente. E preceitua em seu artigo 19 que, do referido Estatuto que: “toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, [...]” E exalta Dias (2010, p. 69), que “o direito a convivência familiar, não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue”.

Assegura ainda o parágrafo único, do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente que: “não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem.” Demonstrando claramente que a proteção a criança e o adolescente, é de fundamental importância para que o crescimento de ambos seja no seio da família de origem.

A convivência entre pais e filhos deve ser mantida salvo se por ventura a convivência for prejudicial ao crescimento psicológico da criança ou que tenha alguma medida judicial por não ter cumprido seus deveres. Fora isso é direito fundamental da criança e do adolescente ter os pais por perto, não servindo como desculpa que a ordem econômica seja motivo de impedimento. Nesse mesmo sentido, o Estatuto das Famílias trás o artigo 98 fazendo menção: “os filhos não

podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar”. E o artigo 100, “O direito à convivência familiar pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo”.

Lôbo (2011, p. 74) completa afirmando que, “o direito a convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita a criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e a sociedade como um todo.”

A respeito do princípio do melhor interesse da criança explana o citado autor (2011, p. 75) que:

O princípio do melhor interesse significa que a criança- incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança- deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela Sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

“O princípio não é recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (LÔBO, 2011, p. 77), ou seja, não há superioridade entre um sobre o outro, devendo ser balanceado o melhor interesse, garantindo uma proteção essencial para a criança ou o adolescente.

Em 20 de novembro de 1989 foi consagrada a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, na qual veio a ser aceita no Brasil por meio do Decreto sob número 99.710/99 e faz menção ao princípio do melhor interesse da criança através do artigo 3º:

Todas as ações relativas as crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

A vida e o direito da criança e do adolescente devem sempre prevalecer de maneira árdua como melhor interesse para eles, todavia estão lidando com uma vida de um ser indefeso.

A partir dessa Convenção das Nações Unidas, que o princípio do melhor interesse da criança foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em virtude da Convenção, Pereira (2010, p. 32) relata sobre o princípio do melhor interesse da criança:

Em trabalho monográfico, sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Daniel O'Donnell procura demonstrar que este princípio tem sua origem no direito comum, onde serve para a solução de conflitos de interesse de uma criança e outra pessoa. Em essência, este conceito significa que quando ocorrem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições.

Ainda neste entendimento, os genitores após dissolução de suas uniões deixam de lado os interesses dos filhos para ir à busca dos seus, em virtude de que os direitos sobre a dissolução é mais importante que os direitos de seus filhos, pensamento este totalmente equivocado, assim sendo, aduz Guimarães (2011, p. 1):

No entanto, a lei não define o que seja “superior interesse da criança”, deixando ao arbítrio do magistrado investigar se estão sendo observados tais interesses, que estão acima dos interesses dos adultos, por mais legítimos que sejam. Na maioria das vezes, os genitores esquecem esse superior interesse quando acontece à dissolução do casamento ou da união estável e se estabelecem disputas judiciais de guarda.

E, ainda, Veronese (1999, p. 106) destaca: “Todos os atos relacionados com a criança deverão sempre estar atentos aos seus melhores interesses. Ao Estado cabe prover proteção e cuidados adequados, sobretudo nas hipóteses em que os pais ou responsáveis não o fizerem”.

Vale ressaltar, que o melhor dos interesses relacionados às crianças, deve ser levado em conta o que eles acham e o que querem. A igualdade imposta entre pais e filhos em relação ao melhor interesse deve prevalecer, de maneira que eles devem ser ouvidos.

O que se deve sobrelevar dentro desses princípios é o direito à dignidade, a construção junto dos valores de criação do grupo familiar, para que juntos inibam de o conflito acontecer. Pois hoje os valores de determinadas famílias infelizmente se perdem, por falta de compaixão, respeito ao próximo e principalmente amor a seus filhos (DIAS, 2010).

Veronese (1999, p. 113) destaca sobre a convivência familiar e ao interesse da criança e do adolescente de maneira correlacionadas:

A criança tem o direito de viver com seus pais, a não ser quando incompatível com seus interesses, como tem o direito de manter contato com os dois, na hipótese de ser separada de um ou de ambos, e ainda, de

receber atenção específica do Poder Público (creche, assistência, etc.) nos casos em que tal ação tenha resultado do próprio Estado.

Com base nesses entendimentos doutrinários, é notório que ambos os princípios, tanto da convivência familiar e do melhor interesse da criança, se correlacionam, embora sejam distintos. Suas igualdades se esbarram sempre entre a sociedade, a família e o Estado, suas funções são garantir o equilíbrio social como um todo. Pois quando houver conflito entre os familiares e as crianças, subsidiariamente compete ao Estado resguardar o bem estar da criança, amenizando o problema de acordo com os valores e costumes da família.

Há também o princípio da solidariedade que é imposto ao cotidiano familiar e zela para que ocorra sempre o melhor interesse da criança, pois é através da solidariedade entre os pais é que se constrói um filho até a sua maturidade, ajudando-o na educação, na alimentação, no vestuário e no que couber aos pais.

Quando se depara com a palavra solidariedade, pensa-se em fazer o bem sem o olhar a quem, ajudar o próximo, pois não sabemos o nosso dia de amanhã. Saber ser solidário, pois ninguém vive sozinho. Neste caso, existem vários significados e características, mas o que traz esse princípio está ligado às relações entre os familiares, ou seja, sobre a relação familiar.

Neste entendimento, Moraes (2006, p. 48), nos explica que “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.

Com relação à família, a solidariedade abrange a questão dos alimentos, a imposição dos familiares concretiza o princípio da solidariedade, gerando deveres recíprocos entre eles. O artigo 229, da Constituição Federal traduz a este princípio fazendo jus a menção “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”, assim deixando de um dos familiares de atender as obrigações a eles imposta, cabe ao Estado exercer sua função, com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. A solidariedade imposta é entre o pai e o filho, para proporcionar uma boa educação e instrução até atingir sua maioridade. Mas, a solidariedade também é imposta aos cônjuges ou companheiros de maneira que tenha como finalidade se tem o auxílio material e moral.

Todavia, Gagliano (2012, p. 95) reflete, “Esse princípio não apenas traduz a efetividade necessária que une os membros das famílias, mas especialmente,

concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar”.

A premissa em estudo compreende que o lar seja rodeado de afeto, assistência, colaboração, de cuidado e carinho. Ocorre a busca muito além da igualdade, pois cogita o princípio da justiça sócia, estabelecendo a dignidade de cada membro, e demonstrando que para sua dignidade ser formada com igualdade, quando a solidariedade é transmitida e comprovada (DIAS, 2010).

E de acordo com o referido autor (2010, p. 71), aduz que “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.” Ou seja, o afeto e a solidariedade têm uma conexão em conjunto, que objetivam o bem maior da criança e do seu grupo familiar, causando assim um reconhecimento jurídico.

Cabe ressaltar aqui que existem dois tipos de visão para a solidariedade familiar, a primeira tem a visão familiar na qual você tem um ambiente familiar, sendo relacionados afetos e sentimentos por livre espontânea vontade, sem compromissos. E por outro lado, temos a visão jurídica, na qual se tem os direitos e deveres impostos pelo Código Civil, entretanto, essa justificativa não torna a solidariedade a mais correta, porém o progresso legislativo aperfeiçoou (DIAS, 2010).

Concomitantemente Dias (2010, p. 67), ressalta que “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão.” Primeiro lugar a família, segundo a sociedade, e logo após o Estado com o escopo pelos direitos de todos em igualdade.

Sob a ótica Constitucional, a Lei Maior, em seu artigo 3º destaca no inciso I, a matéria de ética e moral, de conteúdos estes primordiais para a formação de um grupo familiar. Atualmente, a formação do grupo familiar está abrangendo um espaço existencial entre as pessoas, suas solidariedades e suas dignidades na qual o citado diploma, em seu art. 226 aduz que menciona que a “família é à base da sociedade”.

Dispõe ainda o art. 1.694 do Código Civil, que a obrigação de alimentos, constituiu a assistência no princípio da solidariedade, visto que é obrigação dos pais prestarem aos filhos a solidariedade em dar assistência alimentar, estudos, a educação e formação.

Por fim, para que fique claro, e não deixado pra trás, que amar ao próximo não é uma obrigação, a obrigação relatada aqui imposta aos pais é garantir a criança um futuro próspero, uma educação sadia e bem estar satisfatório dando toda a assistência, bem como a prestação de alimentos que envolvem uma série de fatores relacionados ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Deste modo, com base nos entendimentos apontados anteriormente, foi demonstrado que a solidariedade também é uma das bases pilares de uma estrutura familiar e que independente da separação de corpos dos pais, a solidariedade imposta a eles como responsáveis da criança ou do adolescente não pode ser rompida.

3. DA MEDIAÇÃO

Neste capítulo objetiva-se o estudo do instituto denominado mediação e os aspectos históricos da evolução da mediação possuindo uma grande história até os dias de hoje.

No segundo tópico será analisado sobre o terceiro não interessado da mediação que é o chamado mediador, será abordada a sua real função, e como é seu principal papel perante o processo de mediação e de quão é importante a sua participação.

No terceiro tópico será estudado como é realizado os procedimentos da mediação desde a pré-mediação que é realizada através de entrevista, passando pelas conversas individuais e chegando a mediação perante o consenso de ambas as partes, informando as características e aprendizados bem como esclarecendo como é importante a mediação.

E por último será abordado à mediação familiar como forma de resolução de conflitos familiares que são expostos quando ocorre a ruptura familiar através de uma separação ou até mesmo de uma dissolução de união estável, bem como do empecilho originalizado pela disputa da guarda dos filhos e a briga sobre as pensões alimentícias.

3.1 NOÇÕES GERAIS E HISTORICIDADE

Este instituto denominado mediação, vem do latim “mediare” que significa mediar, tem como conceito preliminar consolidado como detentor de resoluções de conflitos. A mediação é um sistema informal de resolução de conflitos alternativos para o poder judiciário, é alternativo, pois é sede extrajudicial e não consta ainda no ordenamento jurídico Brasileiro.

Moore (1998, p. 22) define mediação como “prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário.”

Morais e Spengler (2008, p. 133) retratam o pensamento da seguinte exposição:

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substituiu a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação geralmente definida como a interferência – em uma negociação, ou em conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Dito de outra maneira é um modo de construção e de gestão de vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, que a escolheram ou reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re) estabelecer a comunicação.

Quando se depara com a palavra mediação essencialmente vem à cabeça o diálogo, este por sua vez, tem como papel o restabelecimento à comunicação entre as partes, o mediador não pode dar palpites e opiniões, sua principal função é fazer com que as mágoas desapareçam entre eles, ou pelo menos naquele momento, para poderem chegar a um denominador comum.

A mediação parte da cooperação, da participação ativa direta das partes, faz com que elas recuperem a aproximação respeitando sempre suas identidades, seus pensamentos, culturas, e credos. O mediador as recebe da maneira que elas se apresentam e de jeito que elas querem ser recebidas, mostrando a elas o respeito que ele (mediador) e a mediação têm por elas, pois é o respeito que vai aproximá-las um dos outros, não um paradigma de um modelo de avaliações (VEZZULLA, 2009).

Em se tratando de respeito, Vezzulla (2009, p. 38) aduz seu pensamento sobre ele:

Considero que o respeito não é fruto do merecimento, mas sim do fato de sermos seres humanos. E, ainda, o respeito não depende da admiração que se sente por alguém que produziu alguma coisa que merece nossa aprovação e elogio. O respeito dá-se precisamente sem nenhum tipo de avaliação, o respeito é o tipo de relacionamento proposto pela mediação entre os seres humanos pelo fato de o sermos.

Para mediação todos dentro da sociedade devemos ser respeitados, todos devemos ser incluídos dentro dela, sem distinção, pois somos seres humanos, temos nossas necessidades como todos e elas devem ser satisfeitas e acima de tudo respeitadas (VEZZULLA, 2009).

Com relação ao cooperativismo dentro da mediação, necessariamente o respeito tem que ser incluso não somente na mediação, mas perante a qualquer ato

ou ação, pois para que eu possa atingir meus objetivos, preciso que todos atinjam necessariamente os seus, ou seja, primeiramente eu tenho que reconhecê-lo pelo respeito e me sensibilizar com as suas necessidades e seus objetivos para poder assim gerar ações que atendam um denominador comum entre todos (VEZZULLA, 2009).

A mediação possui várias características que faz jus a chamar-te de melhor forma de resolução de conflitos. Morais e Spengler (2008) manifestam as principais, em primeira colocação está à privacidade, na qual é um ambiente único consoante um segredo de justiça, em que as partes só expõem aos demais se for da vontade deles.

Em segundo vem à economia financeira e o tempo. No que diz respeito ao tempo, a rapidez que a mediação se encontra é muito mais eficaz que um processo no judiciário, sendo resolvido em menor tempo, e a econômica por ser menos custoso, as partes não desgastam como em um processo judicial (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Por terceiro, tem a oralidade, por ser uma sede extrajudicial é um processo informal, onde a parte tem chances de reestabelecer, de debater problemas que estão ocasionando conflitos entre si, visando solucioná-los (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Por quarto ele menciona a reaproximação das partes, este instituto foi ocasionado justamente para reaproximar as partes, tentando sempre encontrar a paz entre as partes (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Por último e não menos importante ele relata sobre a autonomia das decisões, na qual cabem somente as partes (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.134-138).

“Na mediação, o conceito de direitos é substituído pelo de necessidade. Se tivéssemos que fazer um nexos segundo a teoria da mediação entre necessidade e direito, diríamos que toda necessidade gera um direito” (VEZZULLA, 2009, p. 42).

Warat (2004, p. 59) relata com literalidade sobre autocomposição da mediação, do seguinte forma:

Na mediação a autocomposição é ecológica por duas fortes razões. A primeira porque ela pode ser considerada como uma forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências. A autonomia, como a democracia, o amor e o ódio são formas de convivência com a conflitividade, com a incompletude que a

conflitividade existencial determina. O indivíduo autônomo precisa negociar com o outro a produção conjunta da diferença, o que implica, forçosamente, a mediação do simbólico. Em segundo lugar, a mediação é uma forma de autocomposição na medida em que, ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida.

O que pode-se frisar como melhor conceito de mediação é a palavra diálogo, pois através dele as partes se sensibilizam com a necessidade um do outro, os sentimentos afloram e conversando entre eles gera uma necessidade de atender o conflito, para que todas as expectativas em jogo sejam atendidas da melhor maneira possível.

Para melhor compreensão de como a mediação já existe há algum tempo, como nos antepassados, como a melhor forma de resolução de conflitos, estudaremos no próximo capítulo os aspectos históricos dela e como ela surgiu no Brasil.

3.1.1 Aspectos Históricos

Embora a mediação não esteja ainda inserida no ordenamento jurídico, é uma técnica bastante antiga no meio de tratamentos de conflitos, possuindo uma longa história e confundindo-se com as primeiras civilizações.

Em um tempo muito distante, existia no passado, o monopólio de da tutela jurisprudencial, onde o Estado sempre dava o veredito sobre as relações interpessoais privadas, ensinando o que será o correto e de direito a todos e reestabelecendo a paz social, porém o que se era estabelecido não era nada compreensível, pois antigamente os julgamentos que eram realizados eram de acordo com os costumes e culturais locais de cada povo (MOORE, 1998).

A mediação surge nesta época, era representada pela Igreja Católica Apostólica Romana, que através de seus representantes, atuavam como mediadores entre seus seguidores. Estes mediadores foram representantes da mediação até a Renascença, e cabia ao Clero mediar todos os tipos de conflitos, tais como familiares, criminais e até mesmo disputas pela nobreza (MOORE, 1998).

Cachapuz (2003, p. 25) explana a mediação no Direito Romano da seguinte maneira:

Noticia-se, igualmente, a mediação no direito romano, berço da legislação de muitos países. Na Roma antiga, o arcaico *Diritto Fecciali*, expressão caracterizadora de um direito e de uma justiça provida da fé e da religião, era uma das formas mais encontradas de resolução de conflitos, onde a

base funcional era a mediação. Ademais, ainda no direito romano, havia a previsão do *in iure* e do *in iudicio*, sendo que o primeiro significava na presença do juiz enquanto o segundo significava na presença do mediador ou árbitro.

Calmon (2007 apud SPENGLER, 2010, p.174) ensina qual o primeiro País que surgiu a mediação o porquê e que a partir deste País que a mediação foi se inserindo nos demais, veja:

Os Estados Unidos são o primeiro país a estruturar a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos, a fim de evitar a burocracia forense, a morosidade processual, os altos custos judiciais, etc. “Coerente com a cultura liberal (que domina não só a política, a economia e a sociedade, mas também o direito), em um país onde não se aceitam facilmente barreiras à liberdade de contratar, não surgiram fortes obstáculos ou oposição política à prática dos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos”¹⁸. Dessa forma, não demorou muito em surgir leis que regulamentavam a mediação em diversos setores da sociedade norte-americana, inserindo, definitivamente, a mediação como forma de tratamentos de conflitos familiares, criminais, disputas entre vizinhos, etc. A partir de então, a mediação tem sido inserida em vários países, principalmente da Europa e em países desenvolvidos.

Cachapuz (2003, p. 25) ensina os Países que na época foram a favor da mediação como forma de resolução de conflito, mesmo em alguns casos como o da França, sequer existisse regulamentação legal para tal prática, tendo previsão na legislação daquele país somente em 1995:

Exemplificativamente, a Grã-Bretanha conta com o serviço da mediação desde 1978, quando foi fundado o serviço de Mediação Familiar no país. A França também sempre se utilizou da mediação, mesmo que inexistisse previsão legal para tanto, sendo realizada por organizações profissionais em relação às lides trabalhistas e comunitárias. Apenas em 1995, com o advento da lei francesa 95-125 que foi regulamentada a mediação no país. Em 1981 surge a mediação no Canadá, passando a fazer parte do próprio Tribunal de Justiça como um serviço público gratuito nas questões familiares. No Brasil, preleciona Cachapuz, se tem notícia da mediação desde o século XII, embora nunca prevista em nossas legislações.

A mediação foi reconhecida no Brasil em 1824, na famosa Carta Constitucional do Império, no qual abordava sobre a conciliatória do Juiz da Paz, foi implantada no Código Processo Civil em 1994, na qual vinha em prática nas audiências de conciliações prévias bem como nos juizados especiais através da Lei 9.099/1995.

O marco inicial da mediação na história legislativa foi através do Projeto Lei 4.827 de 1998, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, o referido projeto deliberava sete artigos sobre o procedimento de um modo geral, não se restringindo a sua aplicação sobre o âmbito do Direito Civil e trazendo em seu artigo primeiro a definição de mediação: “a atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e as orienta com o

propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos” (PINHO, 2011, p. 221). O referido Projeto Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados em 2002, sendo remetido ao Senado Federal, na qual foi promulgada a PLC 94, de 2002 (PINHO, 2011).

Em 1999, fora constituída a comissão pelo Instituto Brasileiro de Direito processual o chamado IBDP, a fim de elaborar o anti projeto sobre a mediação no Processo Civil. Tendo em vista aprovação da PLC 94, quando o anti projeto fora apresentado ao Senado Federal foi realizada audiência pública pelo Ministro da Justiça, sendo convidados a Deputada Zulaiê e o IBDP (PINHO, 2011, p. 221).

O Texto do Projeto foi encaminhado em 2003 ao Relator do Projeto no Senado Federal. A emenda apresentada foi então aprovada em 2006, retornando à Câmara dos Deputados (PINHO, 2011).

De acordo com Palhares e Muniz (2007), com o surgimento deste projeto lei a mediação se transforma da medida clássica para uma nova modalidade de instituto.

A configuração historiográfica da mediação tem como ponto inicial a escolha de um período de sua aplicação e a busca de uma resposta efetiva e eficaz ao acesso à justiça, e não resta dúvida que a mediação propõe o acesso à justiça, através da solução pacífica, proporciona vantagem para os interessados desde a antiguidade até os dias de hoje (MOORE, 1998).

Na atualidade a mediação está implantada a diversos tribunais do País, e no Brasil, mais precisamente no Estado de Santa Catarina existe Câmara de Mediação e Arbitragem de Florianópolis, na qual foi fundada em 22 de janeiro de 2002, composta por diversos profissionais com formações multidisciplinar tais como: Advogados, administradores, psicólogos e demais profissionais em âmbito local, nacional e internacional. Entretanto ainda permanece na esfera extrajudicial.

O Conselho Nacional de Justiça promulgou em 29 de novembro de 2010, a Resolução n. 125, na qual dispõe sobre a mediação e conciliação como formas de soluções extrajudiciais como resolução de conflitos.

Assim que foi publicada esta resolução, determinou que fossem criados em todo o País núcleos permanentes de solucionar conflitos, que fossem compostos por magistrados. Em janeiro de 2013, foi publicada a emenda 1/2013, alterou os artigos 1 ao 18 e os anexos I,II, III e IV.

A Emenda 1/2013 veio para tornar a mediação um estímulo como forma de extrajudicial de resolução de conflito. Dispõe da seguinte maneira em uma das considerações:

Considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que os programas já implementados no país têm reduzido a judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; Considerando que a organização dos serviços de conciliação, mediação, práticas autocompositivas inominadas e outros métodos consensuais de solução de conflitos devem servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução consensual de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

E o grande ápice da mediação está para acontecer, com a inclusão da mediação no novo Código de Processo Civil, na qual foi aprovado o Projeto Lei 8046 de 2010, os tribunais serão obrigados a criar centros de conciliação e mediação, com a contratação de profissionais especializados na busca de acordos.

Em decorrer dos anos pode-se verificar que reconhecimento da mediação está cada vez mais amplo e satisfatório, a ideia é que a mediação cresça cada vez mais ajudando o poder judiciário a diminuir as demandas dentro dos tribunais e claro ajudar a melhorar muito mais a sociedade e ampara-los ensinando seus direitos e deveres através da conversa, do diálogo e do respeito mútuo.

3.2 O PAPEL DO MEDIADOR

O mediador, busca a resolver o conflito, sua função é facilitar a comunicação entre as partes, onde ambos saem satisfeitos através de sua técnica, sendo ele o principal foco da mediação. Seu desenvolvimento é de negociação, não há mediação sem ter uma negociação imposta e estando as partes dispostos a dialogar e se conciliar, sua forma é extrajudicial. A possibilidade da utilização da técnica da mediação da concordância das partes em desejarem participar da referida técnica.

No Artigo 9º da PLC 94/03, discrimina que pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos da lei (MARTINS, 2009).

Martins (2009, p.128) explana:

Atualmente, no Brasil, diante da inexistência de regulamentação da atividade, qualquer pessoa pode ser um mediador e o projeto lei em tramite também não faz restrições. Em outros Países, como na Argentina, só pode ser exercida por advogados. De acordo com cada tipo de conflito é que as partes escolherão o mediador que melhor possa orienta-las, que tenha uma formação voltada para o caso específico. O mediador não atua como advogado, nem como psicólogo nem como assistente social, atua como

mediador. Sua atividade pode até ser considerada um novo tipo de profissão, embora os conhecimentos de outras áreas sejam bastantes úteis á mediação, que é uma ciência interdisciplinar.

O mediador como é considerado um terceiro não interessado, não pode dar palpites tão pouco opiniões. Morais e Spengler (2008, p. 137) retratam sobre a intervenção de fato do mediador:

Não compete ao mediador oferecer “solução de conflito”, porém é de sua competência, a manutenção e a orientação do procedimento. Ora, se é do intimo do instituto da mediação a pacificação, é a responsabilidade do fiscal do processo alertar sobre a possibilidade de uma decisão que se afaste do caráter mesmo do mecanismo que está utilizado ou não sirva para produzir aquele objetivo pacificador e reaproximador das partes e que leve, eventualmente, ao questionamento jurisdicional da mesma.

O mediador tem que facilitar o máximo possível a comunicação entre as partes e sua principal função é conduzir um diálogo sadio, Martins (2009, p. 128) entende que: “O diálogo é o fundamento desse método, em que o conhecimento é extraído do interior da mente pela própria pessoa, a partir de um questionamento bem conduzido, que a encaminhe à essência do que se quer saber”.

Justamente por ele conduzir o diálogo ele tem o compromisso de manter sigilo sobre todos os fatos narrados entre as partes perante sua presença, pois um dos fatores principais da mediação é o sigilo, e acabam tornando uma confiança as partes sobre ele, aumentando assim a sua participação na resolução do conflito exposto (MARTINS, 2009).

Para Warat (2004) a mediador tem que aflorar os sentimentos das partes não somente tentar resolver o conflito existente, ele explana sua opinião da seguinte forma:

Para mediar, como para viver, é preciso sentir sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre o sentimento das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizeram a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimento das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.

Sobre a capacitação do mediador, Martins (2009, p. 130) afirma com convicção que a capacitação do mediador é essencial para o exercício da sua função, é nela que o mediador terá contato com algumas técnicas que lhe possibilitarão mediar com ética e eficiência:

O mediador deve ser capacitado para a prática da mediação. A sua capacidade envolve um estudo teórico e prático, devendo estar ciente de seu papel como facilitador de comunicação, jamais como juiz ou árbitro. O que caracteriza o mediador é a postura participativa/não-interventiva. Participativa: assiste e conduz a mediação de forma a garantir a solução consciente. Não interventiva: Não possui a intenção de intervir no mérito das questões afirmando o que é certo ou errado, justo ou injusto, mas questiona o que eles (parte) entendem ser certo ou errado, justo ou injusto.

Almeida (2014, p. 1) explana com exatidão a real participação do mediador em sua função no qual não intervém no mérito do conflito e sim, agindo como facilitador, busca uma solução que garanta a participação amigável das partes e uma solução que garanta o melhor interesse de ambos:

Quem assiste a Mediação é o mediador, na qualidade de coordenador do diálogo entre os mediandos. Sua atuação deve ter como característica a qualificada condução do diálogo, mas não da solução para a discordância. Atuar dessa forma exige capacitação específica, habilidades para tal e permissão dos mediandos para fazê-lo. Eleito por todas as pessoas envolvidas na controvérsia, esse terceiro habilitado para essa tarefa deve atuar com imparcialidade e independência com relação aos mediandos e ao tema que os traz à Mediação, assim como com diligência, credibilidade e competência na condução do diálogo. Sua 'expertise' traduz-se na condução de diálogos autocompositivos. Para atuar como mediador (a) não há restrições quanto à profissão de origem ou formação acadêmica.

Conforme Warat (2004, p. 58) o mediador tem que fazer renascer o ponto de equilíbrio que existia entre as partes antes de ocorrer o conflito, na tentativa de vislumbrar as discordâncias em oportunidade de reavaliar posições, modificando pontos-de-vista que podem não condizer com a melhor forma de resolução das questões em debate, assim o mesmo aduz:

O mediador estimula a cada membro do conflito para que encontrem, juntos, o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e recomeçar a andar pela vida com outra disposição. A atitude de busca do comum não deve fazê-los perder de vista que devem tomar o conflito como uma oportunidade para gerenciar melhor suas vidas, ir além do problema comum e apostar em melhorar o próprio transcurso vital.

Sendo assim, o mediador tem papel fundamental, único e essencial para que o procedimento da mediação faça com que o conflito seja dissolvido e que a paz volte a reinar entre as partes.

3.3 PROCEDIMENTO NO PROCESSO DE REALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

O procedimento inicia-se através de uma pré-mediação, como uma entrevista, no qual o responsável ouve a parte que o procurou atentamente, explica a ela como é a mediação, como funciona e como será realizado, em seguida se faz um convite à parte contrária, pois a mediação é baseada no princípio da autonomia da vontade, a mesma aceitando, o mediador a ouve com bastante cuidado e atenção, para verificar o conflito em questão trazido. O mediador faz um mapeamento do conflito, para então marcar uma reunião, que é o terceiro passo, para ambos negociarem sua questão, mas não é uma questão comum, ela é uma negociação intermediária porque existe um terceiro para facilitar o diálogo para o tão esperado resolução do conflito ocorrido. Este procedimento é realizado em todo Brasil e mundialmente (MORAES; SPENGLER, 2008).

Há também duas classes de mediação para apaziguar o possível conflito entre as partes, são elas: mandatória e voluntária. A voluntária é quando ambos aceitam a mediação como forma de solucionar o problema deles em questão, sem a intenção de ter um ganhador. A mandatória é quando o juiz se impõe diante do fato ocorrido, dentro das normas legais. Não existe uma forma correta a seguir sobre a mediação, haverá sempre variação em decorrência das matérias a serem demonstradas e pelo comportamento das partes (MORAES; SPENGLER, 2008).

Vale ressaltar que a mediação é diferente de conciliação. A mediação é um processo voluntário, informal, confidencial, de resolução de conflitos, buscado através de um terceiro, denominado mediador imparcial, que tão somente não se envolve no mérito da questão, procurando sempre facilitar a comunicação entre os participantes para que não se torne uma disputa e ajudando tão somente a realização de um acordo, deixando as partes falarem por si só, chegando a uma proposta mutuamente aceitável por ambos (MORAES; SPENGLER, 2008, p. 140).

Ao passo que a conciliação, se dá através de um processo judicial, é marcada uma audiência de conciliação, o juiz seleciona um conciliador, e os advogados que falam pelas partes. Havendo acordo, homologa a conciliação, não havendo é marcado uma audiência de instrução e julgamento, que não é o caso da mediação, pois o objetivo da mediação é não chegar ao processo judicial (MORAES; SPENGLER, 2008).

Diferentemente ocorre no poder judiciário, podemos perceber através do código de Processo Civil Brasileiro, no rito ordinário, pela sistemática adotada, acabada reduzindo as possibilidades de diálogo entre as partes, já que são os advogados que se manifestam em nome dos clientes (as partes), e o juiz que conduz o processo (o conflito) sem que as partes possam se correlacionar e manifestar seus desejos e vontades (MORAES; SPENGLER, 2008).

Todavia, há quem critique a mediação como resolução de conflito, visto que por ter seu campo pequeno e não tem ainda responsabilidade processual, na qual não incube a nenhuma sanção legalmente, e por ainda por se tratar de uma resolução resolvida entre as partes, e não por um juiz leigo.

Morais e Spengler (2008, p. 152) esclarece o porquê que a mediação é a melhor forma de resolução de conflito:

Nesse contexto, a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtrai. No entanto, opor a mediação ao direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor (e mais útil) considerá-los com instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade.

A mediação tem seu toque especial de maneira que se torna um reencontro entre as pessoas, a arte de oferecer uma proposta diferente, sendo diferenciada na resolução dos conflitos que aparecem no que tange a jurisdição tradicional (MORAES; SPENGLER, 2008).

Este instituto por ser de sede extrajudicial, qualquer pessoa poderá realizá-la desde que claro com o consentimento das partes, em casos judiciais o mediador tem que estar pelo menos no segundo ano cursando o Ensino Superior ou que tenha curso de formação na área da mediação (MORAES; SPENGLER, 2008, p. 152).

Tornando-se judicial, ela com certeza desafogará o poder judiciário, pois na nossa atualidade a lentidão dos processos faz com que as pessoas percam a confiança, gerando uma intranquilidade na sociedade, pois seu conflito fica exposto por muitos anos sem ter um resultado. Ou seja, a mediação vai esvaziar o judiciário e vai fazer com que o mesmo trabalhe melhor e da maneira correta (MORAES; SPENGLER, 2008).

Conclui-se que a mediação estará sempre em busca de laços fundamentais, impulsionando a valorização do respeito ao próximo e principalmente a vontade das partes relacionadas, ressaltando sempre os pontos positivos do diálogo, para que se

termine com êxito e com verdadeiros interesses resolvidos para que o conflito seja resolvido de vez, mais precisamente nos conflitos familiares. Assim, será analisada no próximo tópico a mediação familiar como forma de resolução de conflitos familiares iniciados na ruptura familiar, ou na disputa pela guarda dos filhos bem como a pensão alimentícia e patrimônio dos filhos.

3.4 MEDIAÇÃO FAMILIAR

O Direito de Família, se não é o mais importante, chega a ser bem próximo do mais humano direito que possa existir, pois dentro desse direito lidamos com vida, com seres humanos passíveis de sentimento, de erros e de questões muito delicadas por se tratarem de cunho pessoal, sendo caracterizado um direito subjetivo (POZZATTI JUNIOR; MACHADO, 2013).

Desta maneira para tornar o Direito de Família um caminho melhor e mais célere surgiu à mediação familiar para concretizar conflitos que muitas das vezes são pequenos e podem ser resolvidos através de acordos. E segundo Pozzatti e Machado, “A mediação familiar é um instituto que visa a trabalhar não só os conflitos existentes, mas a continuidade dessas relações, no que tange aos relacionamentos entre pais e filhos após a dissolução conjugal” (POZZATTI JUNIOR; MACHADO, 2013).

Nessa linha de pensamento, Dias (2007, p. 78) aduz:

Acolhe o ser humano desde seu nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir a sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar

Como bem preceitua Dias (2007, p. 79) “quem bate às portas do Judiciário chega fragilizado, cheio de mágoas, incertezas, medos.” Ou seja, muitos acham que lidar com situações como de separação e guarda do filho menor, é caso simples e fácil de resolver, porém é aí que começa o conflito, quando as famílias chegam ao judiciário batem de frente com julgadores, pessoas estas que só fazem o seu trabalho dentro da lei, pouco importando com o sentimento que está em jogo, com o real problema que ocasionou a ida até eles.

Todos os dias o direito de família passa por transformações, entretanto nem todas as normas se adéquam a estas mudanças. Hoje, com a atual crise do Poder Judiciário perante os inúmeros processos judiciais litigiosos que cresce a cada dia,

não resta dúvidas que a melhor maneira de diminuir estas demandas especificadamente do âmbito do direito familiar é os métodos de resolução de conflitos. Concomitantemente Diniz (2008, p. 18) aduz:

Com o novo milênio surge a esperança de encontrar soluções adequadas aos problemas surgidos na seara do direito de família, marcados por grandes mudanças e inovações, provocadas pela perigosa inversão de valores, pela liberação sexual; pela conquista do poder (empowerment) pela mulher, assumindo papel decisivo em vários setores sociais, escolhendo seu próprio caminho; pela proteção aos conviventes; pela alteração dos padrões de conduta social; pela desbiologização da paternidade; pela rápida desvinculação dos filhos do poder familiar etc

Morais e Spengler (2008, p. 138), faz uma menção sobre a importância da mediação nos processos relacionados ao direito de família, partido do pressuposto de que o conflito é algo natural, transitório e próprio da natureza humana, necessário para o aprimoramento das relações, desmistificando-o, passando-se a compreendê-lo como momento de transição:

Importante ressaltar o emprego da mediação nos processos de família, utilizada inicialmente nos Estados Unidos da América, teve como sua porta de entrada na Europa a Inglaterra. Obteve tamanho êxito no País norte-americano que considerável número de seus Estados já a tornaram obrigatória em questões relativas ao divórcio. A mediação familiar é um procedimento "imperfeito que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito". Especificamente no âmbito familista a mediação é um procedimento que, através do uso de técnicas de facilitação, aplicadas por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito existente, mediante técnicas da psicologia e do serviço social, identifica necessidades e interesses, objetivando produzir decisões consensuais, com a ajuda do direito.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina fundou em 2003, por meio da Resolução n.11, de 20 de setembro de 2001, o projeto Serviço de Mediação Familiar, nas varas da Família do Foro Central da Comarca de Florianópolis, no qual veio para ajudar auxiliar o sistema judiciário tornando-se uma alternativa para desafoga-lo através da mediação, sendo realizados através da cooperação entre as partes.

A autora deste projeto, que elaborou e organizou, é uma assistente social, funcionário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, chamada Eliedite Mattos Ávila, teve como objeto de estudo em seu mestrado no Canadá, trouxe para o Brasil seu modelo estudado e adaptou-o a realidade Brasileira (Ávila, 2004).

Lévesque (1998, *apud* ÁVILA, 2004, pag. 25) trás a definição de mediação familiar da seguinte forma:

A mediação familiar é um processo de gestão de conflitos no qual um casal solicita ou aceita a intervenção confidencial de uma terceira pessoa, objetiva e qualificada, para que encontre por si mesmo as bases de um acordo duradouro e mutuamente aceitável, que contribuirá para a reorganização da vida pessoal e familiar. Essa prática de intervenção nasceu nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha no início dos anos setenta. Seus principais introdutores foram Coogler (1978), Haynes(1981), Saponesk (1985) e Folberg (1984). No Canadá ela começou nos anos oitenta, levada por Howard Irving. A mediação em caso de divórcio ou de separação foi instaurada com o intuito de preencher as lacunas do sistema judiciário tradicional no que tange às transformações familiares que ocorreram durante as décadas passadas. Para responder a essas mudanças na vida familiar foi preciso criar serviços e procedimentos visando a solucionar os problemas sociais e afetivos ligados à ruptura conjugal.

Para Andrade (2008, *apud* POZZATTI; ANDRADE, 2014, p. 5), a mediação Familiar como já relatado anteriormente, tem sido bastante utilizada em outros países. No Brasil, e em especial em Santa Catarina, tem sido adotado este instituto para resolução de conflitos familiares.

Os casos abrangem a mediação familiar são os de separação judicial, alimentos, pensão alimentícia, disputa pela guarda do menor, regulamentação de visitas e dissolução da união estável. (ÁVILA, 2004):

Tendo em vista a particularidade das controvérsias jurídicas envolvendo indivíduos com vínculos afetivos, a mediação familiar tem se desenvolvido com o intuito de manter intactos os vínculos afetivos enquanto vínculos jurídicos são resolvidos. Isto acontece notadamente em questões resolvendo divórcios ou outros temas de direito de família.

A mediação familiar visa reorganizar a estrutura familiar, se estiver dentro do conflito um menor, busca-se a resolução do melhor interesse dele, pois quem se rompeu foi os pais não o laço concretizado entre eles. O papel do mediador aqui é justamente este buscar sempre o interesse comum entre os pais e de seus filhos para a melhor sobrevivência do menor e não deixar que o contato entre eles (pais e filhos) se distancie ou apague.

Laurent-bayer (1998, p. 37 *apud* ÁVILA, 2004) elencou em sua obra seis princípios de base da mediação familiar na visão de):

O primeiro princípio estipula que, em caso de conflito, a maioria das pessoas quer chegar a um acordo. O segundo afirma que a negociação alcança melhores resultados se efetuada pelas próprias pessoas envolvidas do que quando realizada por intermediários ou imposta arbitrariamente. O terceiro apregoa que a mediação deve restringir-se ao presente sem deixar de orientar-se para o futuro, a fim de que os acordos reflitam as necessidades dos participantes e sejam viáveis e duráveis. O quarto princípio enfatiza a importância de se fazer a diferença entre conjugalidade e parentalidade durante a separação. É importante deixar claro que o casamento terminou mas a relação com os filhos permanecerá. Atualmente existem novos parâmetros de paternidade em que os pais exigem maior participação na educação de seus filhos, como a guarda compartilhada,

modalidade já bastante desenvolvida nos países como Estados Unidos e Canadá, pelo fato de o pai querer continuar tendo participação na vida diária do filho em caso de separação. O quinto princípio ressalta que a mediação não é uma terapia. A mediação é uma intervenção breve cujo objetivo não é tratar as causas dos problemas, mas sim tentar resolver as questões que emergem no momento da separação. O mediador emprega estratégias para amenizar o impacto do conflito e solucionar as questões em litígio. Apesar de a mediação e a terapia compartilharem uma função educativa, e de ambas favorecerem a comunicação direta privilegiando sempre a resolução dos problemas e a autonomia dos indivíduos, a mediação cuida muito mais do presente e do futuro do que do passado, e insiste mais especificamente nos acordos necessários durante a separação. Por fim, o sexto princípio insiste nas necessidades e nas condições de vida das crianças e dos pais a partir da separação.

Existem também seis etapas dentro da mediação familiar que ajudam o mediador na busca da resolução do conflito, são eles: “a negociação das responsabilidades parentais, a negociação da divisão dos bens, a negociação das responsabilidades financeiras e, por fim, a redação do projeto de acordo” (ÁVILA, 2004, p. 38), ou seja, o objetivo do processo da mediação familiar é primeiramente resolver o conflito da melhor maneira possível, facilitar a comunicação entre as partes, e alcançar um acordo comum e satisfatório para ambas às partes.

A mediação familiar não só ajuda os conflitos entre as partes, como também ajuda a resolver conflitos entre os pais e os filhos, para melhor convivência diária entre eles, a parentalidade deve ser priorizada. A fase da separação é difícil para todos, especialmente para os filhos. É importante aos pais resolverem seus problemas da melhor maneira possível, sendo resolvido o problema, os filhos poderão ser chamados à mediação para os pais mostrarem suas necessidades impostas, suas obrigações e como será dali a diante (ALMEIDA, 2014, p. 1).

Segundo as estatísticas dos serviços de mediação familiar do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, chega-se à conclusão de acordos solucionados em 57,04% dos casos em todo o Estado de Santa Catarina. Os casos que não são resolvidos no âmbito da mediação é muito pequeno. (SANTA CATARINA, 2014, p.1) Este serviço da mediação familiar ocorre em diversos Estados de Santa Catarina, como por exemplo, em Abelardo Luz, em que a porcentagem aumenta, o número de casos atendidos chega ao número total de 272, deste total, 260 são resolvidos através do acordo posto pela mediação familiar, chegando a 95,58% (SANTA CATARINA, 2014, p.1).

Ocorre também em Joinville que chegam ao número de casos muito maior que Abelardo Luz, ao total de 356 e os acordos solucionados chegam ao total de

237, tendo 66,57%. No fórum de Florianópolis, o número corre em 182 casos, chegando à realização de acordos o total de 87, tendo 47,80% no percentual de acordos (SANTA CATARINA, 2014, p.1).

Através destas estatísticas é notório que o trabalho dos mediadores chega ao seu objetivo, uma vez que evitam a disputa judicial, preservando o menor envolvido.

Almeida (2014, p. 1) aduz que quando os pais se separam eles desgastam a rotina deles com os filhos, pelo estresse emocional contaminado e visualiza a mediação como forma de romper esse desgaste:

A Mediação possibilita a autocomposição calcada na reflexão e na construção de soluções baseadas na informação e na análise de custos e benefício para os direta e os indiretamente envolvidos, assim como o resgate da relação social entre as pessoas, especialmente entre pai e mãe, ficando os filhos, assim, liberados do esgarçamento emocional e livres para o desenvolvimento compatível com o seu momento de vida.

E mais, Almeida (ibidem), informa com satisfação os efeitos que a mediação familiar ocasiona, favorecendo os filhos físico e mentalmente, utilizando o diálogo como principal aliado às discordâncias, diminui o desgaste emocional e até mesmo financeiro, dentre outros:

Seu efeito profilático é incomensurável e o alcance das repercussões sociais indizíveis: (i) possibilita que o desenvolvimento dos filhos se dê em um cenário mais favorável que não compromete sua saúde física e mental; (ii) diminui o desgaste emocional de todos; (iii) melhora a comunicação entre as pessoas; (iv) viabiliza o aprendizado de uma forma não-adversarial de negociação de diferenças e desentendimentos; (v) estimula a utilização do diálogo como veículo primeiro de composição para as discordâncias por vir; (vi) convida a dirigir o olhar para o futuro; (vii) ensina a não manter o passado como referência para o relacionamento atual e futuro; (viii) desenha uma convivência socialmente pacífica; (ix) reduz os custos emocionais, de tempo e financeiros; (x) reduz a incidência de demandas judiciais.

Sobre as características da mediação familiar, Pozzatti Junior e Machado (2013, p. 4, grifo do autor) exaltam que a comunicação apoiada pelo diálogo, bem como a necessidade da continuidade das relações persono-sociais, são pilares mediação, do seguinte modo:

Em algum grau, por falta de uma comunicação saudável, falta de diálogo entre as partes, surgiram mais conflitos e, via de consequência, a necessidade de utilizar meios adequados para a solução destes conflitos, mas que tenha por base a *comunicação e a continuidade das relações sociais*, características da mediação familiar (grifos do autor).

“Vislumbra-se que esse conceito traz os objetivos finais da mediação familiar: a responsabilidade dos pais, que sejam capazes através do diálogo consolidar

acordos duradouros, dentro de uma ótica da co-parentalidade” (POZZATTI JUNIOR; MACHADO, 2013, p. 4).

Neste sentido, é certo que a mediação pode ser fonte de diminuição dos contenciosos e dos custos judiciais em geral. O acordo encontrado na mediação reduz os custos financeiros associados aos processos longos e complexos. Quando mais precoce for o tratamento de conflitos familiares ligados ao divórcio ou a separação, mais evita - se sua cristalização, evitando assim a concretização da alienação parental que tem como reflexo os menores e adolescentes.

Assim, Diniz (2009, p. 360) termina que a mediação é a busca contínua de “transformar a crise familiar e a “falência” do casamento, objetivando a continuidade na relação parental”, dando a possibilidade das partes terem uma nova fase em suas vidas.

Deste modo, a mediação familiar é um método alternativo para resoluções de conflitos mais sensíveis como conflitos familiares, estará sempre na busca da paz entre as famílias, filhos e nos lares, tentando sempre diminuir o sofrimento e que o diálogo seja resgatado para que não haja necessidade de entrar no litígio por questões que possam ser resolvidas dentro da mediação.

No mundo que hoje vivemos temos que nos atentar sempre para o lado da mediação, pois com a sua realização os pais entram em um denominador comum, os filhos vivem em harmonia e paz. Se os pais optarem por não resolver através da mediação, podem correr sérios riscos de se depararem no caminho com a alienação parental.

4. ALIENAÇÃO PARENTAL E O VETO DO ARTIGO 9º DA LEI 12.318/2010

Neste capítulo será realizado o estudo sobre a alienação parental bem como a sua lei 12.318/2010 e trazendo como principal foco do trabalho o veto do artigo 9º da referida lei no qual informa que a mediação não pode ser resolução de conflitos referentes à alienação parental em virtude do princípio da intervenção mínima do Estado.

Serão consideradas as críticas a esse veto demonstrando o mesmo foi totalmente errôneo, pois a mediação traz consigo somente aprendizados para a evolução de melhorias no seio familiar e vem também para que junto dos acordos homologados a alienação parental não aconteça na vida dos menores, pois estes precisam somente de carinho, atenção e afeto não chegando à vida deles tristeza, confusões de sentimentos, tais como raiva, vingança e desamor.

4.1 ALIENAÇÃO PARENTAL

Para que seja realizado o estudo sobre a alienação parental, é necessário fazer um esboço acerca do grupo familiar e de sua evolução, pois através desse seu desenvolvimento criou inúmeras mudanças importantes para a sociedade, o que deu origem a evidenciação da alienação parental.

O surgimento do poder familiar deu acentuou-se à alienação parental, ao passo que antes era somente poder do marido perante família e agora com a mudança a mãe tornou por direito, detentora do poder. De tal modo, com o surgimento da separação dos pais, surgiram-se as disputas pela guarda dos filhos, pois os pais têm direitos iguais.

Nessa confusão de disputa pela guarda, os filhos começaram a ser relacionados como troféus e quem leva o prêmio é o cônjuge que conseguir a guarda. Por este motivo, os pais começaram a criar nos filhos sentimentos totalmente fora de cogitação para um menor, comprando-os a todo custo, como forma de alcançar o objetivo que é a famosa vingança de fim de relacionamento.

Sendo nesse ambiente desastroso que a criança ou o adolescente, formando de sentimentos de raiva, vingança e desafetos, fatores estes que se não forem fiscalizados e cuidados de início poderá tornar-se síndrome da alienação parental,

que desanda consequências terríveis para o desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente.

A alienação parental nasce através da separação dos genitores, quando um deles não aceita o fim do relacionamento, entende-se que a sua separação resta somente em sentimento de abandono e rejeição, sente-se também traído. E quando não ocorre o processo mental de luto do rompimento conjugal inicia-se um processo de destruição, desmoralizando o genitor para o filho impondo este como responsável da separação (DIAS, 2010).

Necessário se faz frisar antes de tudo, a diferenciação de alienação parental da síndrome da alienação parental. E para melhor entendimento, Dias (2010, p. 16) explica com bastante exatidão esta diferença e conceitua tanto uma quanto a outra em perfeita inteligência:

Os efeitos psicológicos dessa manipulação psicológica reativa à convivência paterno-filial foram denominados pelo psiquiatra americano Richard Gardner, na década de 80, de “síndrome da alienação parental”: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. A expressão é duramente criticada, tanto que não está prevista nem no CID-10, nem no DSM IV. Isto porque, “síndrome” significa distúrbio, sintomas que se instalam em consequência da prática, de que os filhos foram vítimas, de extrema reação emocional ao genitor. Já “alienação parental” são atos que desencadeiam verdadeira campanha de desmoralizadora levada a efeito pelo “alienante”, que nem sempre é o guardião. Chamam-se de “alienado” tanto o genitor quanto o filho vítimas desta prática. Por isso vem sendo utilizada a expressão “alienação parental”, que identifica o processo consciente, ou não, desencadeado por um dos genitores – geralmente o guardião – para afastar a criança do outro. Este fenômeno também recebe o nome de implantação de falsas memórias.

Assim, o ato tem como objetivo o afastamento da criança com um dos seus genitores, denomina-se de alienação parental. A alienação parental foi reconhecida e regulamentada no Brasil no ano de 2010, através da promulgação da Lei 12.318/2010 que no seu artigo 2º assim dispõe:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Geralmente este tipo de atitude normalmente vem da mãe, quem tem por perto a todo tempo a criança, entretanto, nem sempre este tipo de atitude vem dela, tal efeito pode se dá por quem não detêm a guarda ou até mesmo de parentes. (DIAS, 2010)

Dias (2010, p. 16) aduz que a finalidade da alienação parental é somente uma:

[...] Mas a finalidade é uma só: levar o filho a afastar-se de quem o ama. Tal gera contradição de sentimentos, e muitas vezes, a destruição do vínculo afetivo. A criança acaba aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. Identifica-se como o genitor patológico e torna-se órfã do genitor alienado, que passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. O alienador, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se os dois unos, inseparáveis. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

Assim, na tentativa de afastar o filho do outro genitor, o alienante se utilizará de diversas formas de acusações, das mais brandas até as consideradas mais sérias, tornando o alienado uma vítima e “arma do ódio” contra aquele com quem a criança ou adolescente deveria ter um relacionamento saudável, assim sendo, expõe Xaxá (2008, p. 13) que:

Neste contexto, tudo o que puder ser utilizado contra o outro genitor, será utilizado. Desde as acusações brandas, como “ele não presta”, “ela não te ama”, “ele não quer saber de você”, até as mais sérias, como falsas denúncias de incesto e violência. A criança é convencida da existência desse fato e o repete como tendo realmente acontecido.

A criança ou o adolescente nem sempre consegue diferenciar o que está acontecendo e que ela está sendo manipulada e acaba por acreditar naquilo que está sendo passado a ela a todo instante, e com o decorrer do tempo nem o alienador sabe mais diferenciar o que é a verdade e a mentira, e acaba por tornar verdade ao menor a mentira imposta ao alienador, o que torna a convivência do filho um teatro de falsos personagens de uma falsa existência (DIAS, 2010).

Carvalho (2010, p. 66), tem o mesmo pensamento ao asseverar que:

A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontínuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos.

Portanto, quando existe o afastamento da criança com um dos genitores são fatos reais da mente do alienador que por tornar fatos reais acaba por dificultar o relacionamento entre pai-filho/mãe-filho.

Sendo assim é necessário que seja reconhecido de início o alienador para não deixar acontecer tais atos.

4.2 COMENTÁRIOS À LEI 12.318/2010 – ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei 12.318/2010 foi regulamentada para trazer proteção aos direitos individuais da criança e o adolescente, à família como um todo, no contexto descreve seu conceito, condutas e prevê punições para os legalmente responsáveis, caso cometa a prática da alienação parental. Todavia, a maior preocupação da referida lei é a proteção da dignidade humana da criança e do adolescente, pois os mesmo obtêm direitos fundamentais especiais considerados a sua condição e desenvolvimento.

Segundo o entendimento de Perez (2010, p. 61):

A aprovação da lei sobre a alienação parental ocorre em contexto de demanda social por maior equilíbrio na participação dos pais e mães na formação de seus filhos. A família deixa de ser considerada como mera unidade de produção e procriação para se tornar lugar de plena realização de seus integrantes, distinguindo-se claramente os papéis de conjugalidade e parentalidade.

Foi incluso na lei da alienação parental a guarda compartilhada, disposta na Lei 11.698/2008, para demonstrar que a essência de mudança está adaptada à nova concepção social dos papéis dos pais na formação de seus filhos, contudo, evitar a prática da alienação parental, pois a guarda compartilhada é um sistema disponível após a separação que faz com que os pais vivam conjuntamente com os seus filhos (PEREZ, 2010, p. 62).

Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 45) denomina o conceito referido pela lei, da seguinte explanação:

Nota-se que a alienação parental consubstancia-se na atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores. Trata-se, portanto, de atuação de alienador que busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente.

E em seu parágrafo único, o art. 2º, ela traz as formas exemplificativas e atos assim declarados pelo juiz constatados em perícia, e Marcantônio e Wust (2013, p. 4) sintetizam da seguinte maneira:

Na prática, a alienação parental vai ocorrer das mais diversas formas, que vão desde a desmoralização do genitor, sob os argumentos de que ele não é bom, que não sabe cuidar da criança, que é desonesto, traidor e que a criança também será se achar apazível a visita do pai, até os casos mais severos nos quais ocorre com a falsa acusação de abuso sexual ou de agressão física, propaganda com o objetivo de impedir a visitação e romper temporária ou definitivamente o convívio da criança com o genitor alienado.

Assim, é de fácil entendimento que o foco do alienador é afastar sempre a criança ou o adolescente do convívio com o alienado e assim se sentir-se vingado, penalizando do genitor alienado.

Ainda sobre o parágrafo único do artigo segundo da presente lei, Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 50) exaltam que:

A gravidade da situação posta no Poder Judiciário frente à alienação parental faz com que o juiz tenha necessidade de promover desenvolvimento do processo mediante grande cautela, na medida em que se torna por demais difícil a caracterização do desvio prejudicial promovido pelo alienador, devendo, assim, valer-se de estudo multidisciplinar, apoiado em seus auxiliares, para a realização de perícia a fim de constatar de forma mais robusta a existência da alienação parental.

Para Motta (2011), “o medo que as crianças têm de perderem um dos pais quando da separação pode tornar-se realidade se o genitor guardião impedir ou dificultar o contato do genitor não guardião com a criança”.

A responsabilidade não recai somente aos genitores, pai e mãe, como também os avós ou qualquer outro parente, tutor ou mesmo curador do incapaz, que tenham convívio com o menor que possa dessa relação criar um círculo de guerra (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011).

Com referência ao artigo terceiro que dispõe sobre o princípio da dignidade humana, Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 61) retratam sobre a evolução da família com base neste princípio: “o desenvolvimento da família tem como base o respeito à dignidade da pessoa humana, valor indissociável que influencia todos os valores e normas positivas na busca da proteção da família, qualquer que seja a forma da constituição”.

A respeito das soluções à alienação parental, o juiz ao verificar que ocorre de fato a prática, através das provas trazidas nos autos, deverá imediatamente tomar providências que anulem tal prática, bem como evitar que a mesma continue, para preservar a relação existente entre o menor e o genitor vitimado (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011).

E mais, sobre a prioridade das ações da alienação parental, Marcantônio e Wust (2013, p. 11) exaltam que o processo deve ter prioridade de tramitação, objetivando a preservação da integridade psicológica, de modo a viabilizar a reaproximação efetiva entre alienado e filho:

Ainda, prevê a Lei n. 12.318/10 que haverá prioridade de tramitação ao processo em que for declarado indício de alienação parental, com determinação das medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente e inclusive para

assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso, assegurando ainda o direito de visitação à criança, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Asseguram Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 82) que a mudança de domicílio da vítima da alienação parental não tem relevância, pois evita eventual prejuízo de um dos genitores, por exemplo, pela dificuldade de deslocamento, dadas as dimensões continentais do país:

O art. 8º da Lei n.º 12.318/2010, ora em comento, apenas estabelece que a alteração do domicílio do menor é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial, isso porque a mudança do endereço pode ser o fato que enseja a alienação parental, assim, o último domicílio do menor (de seu representante legal), antes da mudança, será o competente para o ajuizamento da ação, diante da interpretação do art. 98 do Código de Processo Civil, bem como nos termos do inciso I do art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E mais, ainda com a explicação da referida lei da Alienação Parental, Marcantônio e Wust (2013, p. 5) mostram que as medidas punitivas como multa ou até mesmo reversão da guarda, se mostram importantes instrumentos no combate à alienação parental como abuso emocional:

Advertências, a aplicação da pena de multa para cada dia em que a visita é impedida de ser realizada pelo genitor guardião, a implementação da guarda compartilhada e até mesmo a reversão da guarda são medidas que podem ser eficazes contra a alienação parental e que estão previstas na Lei n. 12.318/10, que a regulamenta.

Dependendo da situação alguns casos requerem tratamento diferenciado, e específico nos conflitos familiares, sobretudo quando envolve criança ou adolescente, pois na maioria das vezes o que o juiz impõe não é o melhor para o menor e acaba por trazer alguns problemas a eles.

E por essas situações em que os juízes muitas vezes não olham para a criança e sim para o que está escrito no texto da lei é que a mediação se encaixa, e concomitantemente, Marcantônio e Wust (2013) destacam o problema com explanação:

É de destacar que nas situações em que a relação se perpetua após a decisão judicial, como nas relações familiares, o vínculo existente entre pais e filhos se prolonga por toda a vida, razão pela qual a mediação se revela um instrumento eficaz para o tratamento do litígio, na medida em que as partes, em posição de igualdade e com o auxílio de um mediador, buscam trabalhar o conflito instaurado através de uma linguagem voltada para o consenso e para a pacificação.

A referida lei possui ainda, dois artigos que foram vetados pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, o artigo 9º que será objeto de estudo do próximo tópico e o artigo 10º. Este último foi vetado, pois ao ver do legislador o Estatuto da Criança e do Adolescente já tem mecanismos demasiados para a intervenção da alienação parental, tais como a inversão de guarda e a suspensão do pai responsável pelo filho.

Figueiredo e Alexandridis (2011) afirmam a respeito do veto do artigo 10º, que:

Muito mais do que o teor punitivo da sanção imposta pela prática do crime relativo à alienação parental, o objetivo da sua tipificação é visto muito mais como um meio coercitivo para afastar a prática da conduta, aliás, segundo a gravidade da conduta praticada, o maior ou o menor grau de alienação parental promovida, a tipificação também se mostra instrumento adequado na salvaguarda dos interesses do menor.

Apesar do veto presidencial quanto a tipificação de crime devido a ocorrência das práticas de alienação parental, caso as determinações promovidas pelo juiz não sejam cumpridas pelo alienador, reiterando a sua conduta de causar maléfico ao menor pela incessante busca pelo afastamento de seu convívio com a pessoa do vitimado, restará configurada a prática do crime de desobediência.

Marcantônio e Wust (2013, p. 5) exaltam a necessidade de emprego de medidas punitivas na repreensão da alienação parental onde o menor ou adolescente que está sob a guarda do genitor alienador, dentre outras características, pode desenvolver desvios de comportamento, com condutas agressivas, tanto verbais quanto físicas; condutas evasivas a fim de evitar o encontro com o genitor rejeitado:

Enfim, a alienação parental é uma prática repudiável, sendo necessário o emprego de métodos para repelir tal conduta quando já instaurada e também para desestimular os genitores que pretendem valer-se de tão vil procedimento para atingirem seus objetivos.

Sendo assim, examina-se que a alienação parental é um desafio constante para os juristas, que acima de tudo visam o melhor interesse da criança, momento este que a lei da alienação parental não poderia ter tido vetado o artigo 9º que relatava sobre a mediação como busca de resoluções de conflitos familiares, pois a mediação se revela de importante análise a prática da mesma como uma forma consensual e dialógica de tratar conflitos como esses, que será exposto a seguir (MARCANTÔNIO; WUST, 2013).

O presente artigo foi vetado pelo Ex Presidente do Brasil, Luíz Inácio Lula da Silva, que teve seu texto vetado tinha a seguinte redação: “As partes, por iniciativa

própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.”

No seu parágrafo primeiro, estabelecia que o acordo que fosse homologado perante a mediação suspenderia o então processo de alienação parental.

No segundo parágrafo, relatava que o mediador seria livremente escolhido pelas partes, todavia, o juízo competente, o Ministério Público e o conselho tutelar iriam formar cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

E em seu último parágrafo, mencionava que o termo que fosse ajustado pelo procedimento de mediação ou que dele se resultasse seria submetido aos olhos do Ministério Público e à homologação judicial.

Contudo, as razões do veto foram de seguinte modo:

O direito da criança e do adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, o dispositivo contraria a Lei n. 8.069, de 13-07-1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.

Após analisar o texto do referido artigo vetado e as suas razões, tira-se a conclusão que é de origem teratológica tal argumento, pois através de seu parágrafo terceiro acima citado, o acordo realizado pela mediação passasse por apreciação do Ministério Público e a homologação judicial. Não tendo cabimento tal fundamento para chegar ao ponto de “ferir o princípio da intervenção mínima do Estado”, tão pouco ao Estatuto da Criança e do Adolescente (MARCANTÔNIO; WUST, 2013). Considerando ainda que os instrumentos de autocomposição se aplicam exatamente para que haja a intervenção mínima do Estado, como já explicado na mediação as partes serão instruídas, conduzidas, ensinadas a chegarem em uma solução em que não haja perdedores, em que ambas ganhem, e que essa solução vitoriosa seja encontrada por elas mesmas e não por um juiz togado, que é o próprio Estado decidindo.

Assim este veto é uma incoerência, pois com a mediação ocorre participação mínima do Estado, além do que a Constituição não exclui o Estado antes o coloca como corresponsável com família e sociedade pelo desenvolvimento da criança e do

jovem, perdeu desta forma a oportunidade de dar mais um passo de forma a contribuir legislativamente para a melhor e mais rápida solução,

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a discussão acerca dos conflitos enfrentados por toda a família quando do fim do vínculo conjugal é notadamente antiga, com diversas formas de análise e enfrentamento, dependendo da época, de modo que, nas últimas décadas a família tem passado por robustas transformações, podemos destacar entre elas o aumento das separações conjugais e a consequente disputa pela guarda dos filhos que aglutinou maiores mutações na organização da entidade familiar. Destaca-se como uma das mudanças principais, senão a principal, é a metamorfose do Pátrio Poder de origem romana ao Poder Familiar, passando do “reinado” absoluto do pai em relação à esposa e os filhos ao comprometimento mútuo de ambos no conjunto de obrigações em relação à pessoa e bens dos filhos menores. Mudança tão drástica que até hoje não foi absorvida ou “digerida” por completo.

Nesse interim percebemos que, com o aumento crescente das separações conjugais, há um também uma ampliação expressiva das “batalhas” judiciais pelos bens materiais e pelos filhos, onde os menores são vistos muitas vezes como troféus, os fazendo passar por situações insalubres e nocivas ao seu desenvolvimento afetivo e emocional, nesse quadro, destacamos a alienação parental, onde falsas memórias são “implantadas” e o cônjuge detentor da guarda programa o menor para que odeie o genitor alienado sendo este considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço.

Um avanço significativo contra esse fenômeno que é estudado nas áreas tanto de Psicologia quanto do Direito é a Lei 12.318 de 2010 que esclarece e regulamenta o real significado da alienação parental, criando mecanismos para inibir atos alienatórios que podem desencadear na síndrome que tem o mesmo nome. A citada lei conta com o cuidado do legislador em enxergar e traduzir os fatos em seus detalhes e sensibilidade, visando o bem estar maior que é a dignidade e a proteção do menor, criança ou adolescente e a perpetuação dos seus laços familiares.

O referido diploma legal trata também dos tipos de guarda vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, seus efeitos e os possíveis problemas de aplicação da nova lei. De modo que, depois da análise, entendemos que a lei supracitada representa para o ordenamento brasileiro uma ferramenta imprescindível na coibição

da alienação parental, resguardando genitores e prole dos efeitos maléficos que podem ser gerados. Junto com a Lei 12.318/10 está a mediação que também tem lugar de destaque na busca pela resolução pacífica e proveitosa dos conflitos pós-conjugais, resolvendo conflitos que muitas das vezes são pequenos e podem ser solucionados através de acordos, sendo a mediação familiar uma alternativa viável para a superação de conflitos familiares na sociedade atual, pois através de mediadores capacitados e com conhecimentos específicos, fazendo com que as partes cheguem uma melhor solução, que possa satisfazer a ambos, sem a imposição de uma decisão, como ocorre no atual sistema jurídico brasileiro.

Salutar, portanto que a Mediação e a Lei 12.318 de 2010 sejam empregadas como ferramentas dispostas na solução dos conflitos enfrentados pelo família quando da dissolução do vínculo entre os casais, minimizando os “efeitos colaterais” advindos dessa ruptura resguardando o pleno desenvolvimento psicológico dos filhos menores, bem como preservando a união entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, E. M. (2004), **Mediação Familiar - Formação de base**. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostila.pdf> [8 Julho, 2011].
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ Joaquim de Paiva. Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca de pacificação social. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo v.4, n.13, abr./jun. 2007.
- CACHAPUZ, Rosane da Rosa. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume I : Parte Geral**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*. São Paulo, v.28, n.101, p.29-36, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

MARCANTÔNIO, Roberta; WÜST, Caroline. A Mediação como forma de tratamento dos conflitos decorrentes da Alienação Parental: Uma análise da Lei 12.318/2010 e o veto ao artigo 9º. In: I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 2013, Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: . Acesso em: 24 de agosto de 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães Abandonadas: a entrega de um filho em adoção**. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

MORAES, M. C. B. O Princípio da Dignidade Humana. In: _____. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva.. **O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática.** In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

PEREZ, Elizio Luiz. **Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010).** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental.** 2ª Ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina da. **O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações.** Revista de Informação Legislativa, Brasília ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2004. P. 366.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e prática da Mediação. Curitiba: Instituto de Mediação, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, vol. III. 2004.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome de alienação parental e o Poder judiciário.** 2008. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Paulista – UNIP, 2008.