

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

Elaine Bastos de Souza

A NATUREZA DIALÓGICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Belo Horizonte
2025

Elaine Bastos de Souza

A NATUREZA DIALÓGICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais através do Mestrado Interinstitucional (MINTER) PUC Minas e a Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ESMAM), como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Linha de Pesquisa: Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos.

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729n Souza, Elaine Bastos de
A natureza dialógica da guarda compartilhada / Elaine Bastos de Souza.
Belo Horizonte, 2025.
103 f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Divorcio. 2. Guarda compartilhada. 3. Resolução de conflitos. 4. Mediação familiar. 5. Dialogo. 6. Parentalidade. 7. Filhos de pais divorciados - Proteção. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.81(81)

Elaine Bastos de Souza

A NATUREZA DIALÓGICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais através do Mestrado Interinstitucional (MINTER) PUC Minas e a Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ESMAM), como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior - PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Valdira Barros – UEMA (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 03 de Julho de 2025

Este trabalho é dedicado a todas as famílias, em especial para a minha família, fonte de vida, paz e energia. Teve como motivação várias situações de conflito entre pais que chegaram ao nosso conhecimento, ao longo dos quase 20 anos de atuação na vara da infância e Juventude do TJMA, tais situações auxiliaram na realização do presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

À minha família que sempre me deu apoio e motivação, em especial aos meus pais, Edinaldo e Marlene, que mesmo enfrentando o doloroso processo de tratamento do câncer, durante toda a elaboração do presente trabalho, tinham sempre uma palavra de força e incentivo.

Ao meu esposo e companheiro Charles que sempre incentivou meus projetos, e neste em especial teve muita compreensão a auxilio para comandar nossa família em diversos momentos que tive que ausentar-me para centrar na pesquisa

Às minhas amadas filhas, Laíse Eduarda e Elisa Maria, cada uma ao seu jeitinho sempre davam uma palavra de incentivo e apoio.

Ao meu filho de coração João Miguel, companheiro que sempre esteve ao lado para o que for preciso.

Ao meu querido orientador e amigo, Professor Dr. Leonardo Poli, muito compreensivo e generoso tanto pelo lado humano como pelo lado intelectual, foi essencial nesta conquista.

À Todos os amigos da turma de mestrado, Minter PUCMinas/ESMAM, criamos até um jargão: “ninguém solta a mão de ninguém” em nossos momentos de reunião e no grupo de Whats app, em nosso grupo sempre pairou um sentimento de União e colaboração mútua, onde sempre tínhamos uma palavra de incentivo durante esta jornada.

Nossos ancestrais se reuniam num círculo em torno do fogo.

As famílias se reuniam em volta da mesa da cozinha durante séculos.

Hoje a comunidade está aprendendo a se reunir em círculo para resolver problemas, apoiar uns aos outros, e estabelecer vínculos mútuos.

(Pranis, 2010, p.15)

RESUMO

O Presente trabalho objetiva analisar a natureza dialógica da Guarda Compartilhada, partindo-se da premissa que o divórcio gera conflitos de diversas origens, e estes conflitos influenciam diretamente na relação paterno filial. Assim, guarda compartilhada concedida a pares parentais que não conseguem dialogar, em razão de não fazer uma distinção entre a parentalidade e a ex conjugalidade, tem levado às várias disputas que impedem o liame comunicacional efetivo entre os genitores. Desta feita, é concretizada uma espécie de guarda alternada sob a denominação de compartilhada e, em consequência, os filhos vivem em 02 ambientes distintos e sem qualquer elo que permita um caminho uníssono na sua formação. Portanto a não resolução dos conflitos após o deslinde da conjugalidade prejudica o exercício do convívio dos filhos com ambos os pares parentais, fator indispensável para a seu desenvolvimento físico e mental sadio. Utilizando-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, será demonstrada a natureza dialógica da guarda compartilhada e em seguida os meios de tratamento adequados dos conflitos, em especial a mediação familiar, as práticas restaurativas e a Advocacia Colaborativa, com fins de analisar como estes meios podem contribuir para o (re)estabelecimento o diálogo e concretizar faticamente a guarda compartilhada. Contudo, permanecendo a indisponibilidade ao diálogo entre os pares parentais, não deverá o juiz conceder o exercício parental conjunto, a Guarda Compartilhada. Dessa maneira, é proposto que seja estabelecido, provisoriamente, o regime de guarda unilateral em favor do par parental que estiver disposto ao diálogo, deixando como alternativa para a reversão desta, e conseqüente concessão da guarda compartilhada, a demonstração do efetivo diálogo entre os ex cônjuges.

Palavras-chave: guarda compartilhada. dialogo. proteção dos filhos.

ABSTRACT

This work aims to analyze the dialogical nature of Shared Custody, based on the premise that divorce generates conflicts of different origins, and these conflicts directly influence the paternal-filial relationship. Joint custody granted to parental parties who are unable to dialogue, due to a failure to distinguish between parenthood and the former marital relationship, has led to numerous disputes that hinder the effective communication link between the parental parties. This results in a kind of alternating custody under the denomination of joint custody, and consequently, the children live in two distinct environments without any link that allows for a unified path in their development. Therefore, the non-resolution of conflicts after the dissolution of marriage impairs the children's ability to live with both parents, an indispensable factor for their healthy physical and mental development. Using a bibliographic and documentary research methodology, the dialogical nature of joint custody will be demonstrated, followed by the appropriate methods of conflict resolution, especially family mediation, restorative practices, and collaborative law, in order to analyze how these methods can contribute to the (re)establishment of dialogue and the realization of joint custody. However, if unwillingness to dialogue persists between the parental parties, the judge should not grant joint parental responsibility, Joint Custody. Thus, it is proposed that a sole custody arrangement be provisionally established in favor of the parent willing to engage in dialogue, leaving the demonstration of effective dialogue between the former spouses as an alternative for the reversal of this and the subsequent granting of joint custody.

Keywords: joint custody. dialogue. child protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1	O divórcio	15
2.2	A autonomia da mulher	18
2.3	As alterações na percepção dos filhos na família	23
3	AS MODALIDADES DE GUARDA PRATICADAS NO BRASIL	27
3.1	Guarda unilateral	29
3.2	Guarda compartilhada	30
3.3	Guarda alternada	33
3.4	Guarda ninho ou ninhação	36
4.	A NATUREZA DIALÓGICA DA GUARDA COMPARTILHADA	38
4.1	A autoridade parental e a guarda compartilhada	42
4.2	O regime de convivência parental: conjunto ou isolado	45
4.3	A imprescindibilidade do diálogo para a efetividade fática da guarda compartilhada	46
5	A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ADEQUADOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS PARA A EFETIVIDADE FÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA	49
5.1	Os meios adequados de tratamento de conflitos no Brasil	51
5.2	A mediação familiar	57
5.3	As práticas restaurativas	71
5.4	Advocacia colaborativa	84
6	A INDISPONIBILIDADE DOS PAIS AO DIÁLOGO: PREJUÍZO AOS FILHOS	90
6.1	A determinação do regime de convivência parental isolado: guarda unilateral deferida ao par parental disposto ao diálogo	91
7	CONCLUSÃO	95

1 INTRODUÇÃO

A família é o principal núcleo da sociedade, é o local onde são formados os futuros cidadãos. Nesse cenário o papel de ambos os pais na criação e educação dos filhos é fundamental para que a pessoa obtenha o desenvolvimento físico e mental sadio, conforme preconiza o princípio estatutário da proteção integral.

Com o desfazimento da entidade familiar, além dos efeitos patrimoniais que são gerados, é preciso estabelecer o regime de convivência com os filhos. Comumente, conflitos de diversas origens estão envoltos nessa relação rompida, o que geralmente desencadeia numa falta de comunicação amigável entre os ex- consortes. Desta feita, quem mais sofre são os filhos, que muitas vezes são colocados como moedas de trocas para atingir o outro consorte.

Contudo, o legislador brasileiro, com o objetivo de fazer cumprir a garantia constitucional do direito fundamental dos filhos em conviver com ambos os pais após o fim do enlace amoroso, determinou que não havendo consenso entre os pais sobre o regime de guarda dos filhos e estando ambos os pares parentais aptos a exercê-la, o magistrado deve estabelecer o regime de Guarda compartilhada como regra. Todavia, se não existe consenso, temos instaurado possíveis conflitos que inevitavelmente vão obstaculizar o diálogo entre os ex consortes. Nessa perspectiva, a recente alteração nos dispositivos do referido do Código civil através da Lei nº 14.713 de 30 de outubro de 2023, trouxe mais um elemento que reforça a necessidade de comunicação efetiva entre os ex consortes, qual seja: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar impossibilita a determinação da guarda compartilhada, pois a violência ou o seu risco extingue qualquer possibilidade de diálogo sadio. Dessa forma questiona-se: Como a Guarda Compartilhada pode ser estabelecida sem o efetivo diálogo entre os pares parentais?

A metodologia utilizada para a execução da pesquisa será, quanto ao modo de pesquisar, pesquisa teórica, pois os referenciais teóricos em análise serão desconstruídos e reconstruídos, isto é, será construído e reconstruído os elementos do instituto da Guarda Compartilhada, tendo em vista a utilização ou não dos meios adequados de resolução dos conflitos, em especial a mediação familiar, as práticas restaurativas e a advocacia colaborativa. Insta mencionar que dentro do campo de estudo do direito pode o pesquisador no processo de construção do conhecimento

analisar as formas de aplicabilidade e efetividade da lei para a consecução dos objetivos que o legislador almejava quando da elaboração do texto normativo.

No que se refere ao objetivo geral da pesquisa, pretende-se demonstrar que a imposição judicial da Guarda Compartilhada sem a observância do efetivo diálogo entre os pares parentais pode levar à descaracterização desta forma de convívio parental, pois a natureza dialógica da guarda compartilhada é o elemento diferenciador em face de guarda alternada.

Especificamente objetiva-se fazer uma diferenciação entres as modalidades de guarda praticadas no Brasil, com a necessária diferenciação entre o convívio parental conjunto e o convívio parental isolado, demonstrando que para alcançar os ditames constitucionais do desenvolvimento sadio dos filhos é necessário o convívio com ambos os pais.

E ainda discorrer como os métodos adequados de tratamento de conflitos podem ser utilizados antes da imposição Judicial da Guarda Compartilhada. Pois ao chegar nas portas do poder judiciário uma disputa familiar sobre a guarda dos filhos, estando ambos os pares parentais aptos para o exercício do convívio parental conjunto, o magistrado deverá verificar se existe o diálogo efetivo entre os ex consortes.

Não existindo um ambiente harmônico deverá ser sugerido às partes a utilização dos métodos adequados de tratamento dos conflitos, tais como a mediação, as práticas restaurativas, em especial os processos circulares de construção de paz, ou a advocacia colaborativa, para que seja estabelecido um acordo entre estes ex consortes e possa o juiz convalidar, e não impor unilateralmente, um plano de parentalidade construído pelas próprias partes.

Desta feita, objetiva-se verificar como a utilização preliminar dos meios adequados de tratamento dos conflitos podem contribuir para que o diálogo entre os ex pares parentais seja (re)estabelecido e assim tenha efetivamente a guarda compartilhada e, como consequência, seja garantido que o convívio parental com ambos os pares parentais possa ser concretizado.

E, por derradeiro, pretende-se demonstrar que a indisposição dos pais ao diálogo impede a concessão judicial da guarda compartilhada, restando ao magistrado a determinação da guarda unilateral, opção residual do nosso legislador, a ser concedida ao par parental que demonstrar durante o processo judicial uma maior propensão ao diálogo, esta disposição ou abertura ao liame comunicacional com o ex

Consorte demonstra preocupação com o bem-estar do filho, e, portanto deve obter o regime de convivência isolado, ou seja, pode obter a guarda unilateral em face do par parental que não está aberto a negociação.

2 A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito necessita acompanhar as mudanças da sociedade, ao longo dos tempos as famílias passaram por mudanças em sua configuração, surgindo a necessidade de estabelecer regramentos sobre como os filhos teriam o convívio com os pais após o deslinde a união conjugal. Desta feita, surge o instituto da Guarda.

Ao longo dos anos, as famílias tiveram a sua configuração e conceituação alteradas, entretanto, a relevância social desta instituição permanece em evidência, tendo em vista que continua sendo o menor grupamento social de uma sociedade, o seu núcleo fundamental, ou seja, é na família que a sociedade se forma. Hodiernamente, neste local costuma-se procurar a paz, a segurança e o amor. Ressalta-se que essa novel concepção de família é decorrente do chamado eudemonismo, que caracteriza a família como um espaço conjugal e parental marcado pela realização dos indivíduos (Oliveira, 2020). No mesmo sentido Maria Berenice Dias dispõe:

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito [...] (Dias, 2017, p.158).

Essa concepção foi decorrente das mudanças sociais, mas não significa que a família hoje é melhor ou pior do que a família do passado, mas, certamente, muito diferente dos modelos de família antecedentes, mudaram as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis (Hironaka, 2022, p. 05).

Entretanto, na legislação civil brasileira, a proteção da pessoa dos filhos é estabelecida através do instituto da Guarda. Nesse sentido, o Código Civil dispõe de duas modalidades de Guarda: Guarda Unilateral e Guarda Compartilhada. Já a doutrina estabelece uma maior diversidade, como a Guarda Alternada e a Guarda Ninho ou Ninhão. O presente trabalho vai levar em consideração o marco legal, ou seja, as modalidades de guarda prevista no artigo 1583 do Código Civil: “A guarda será unilateral ou compartilhada” (Brasil, 2002).

Portanto, torna-se necessário entender o significado da Guarda previsto na Lei Civil Brasileira. Utilizando do magistério de Ana Maria Milano Silva:

A guarda é inerente ao poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, mas o seu exercício efetivo, na prática, é do genitor-guardião. O do outro fica restrito, embora, repita-se, conserve todas as faculdades que decorrem do poder familiar, conforme o art. 1632 do CC, bem como o art. 21 do ECA, mesmo quando transferida a terceiros, pois os pais subsistem certas atribuições, como fiscalizar a manutenção e educação dos filhos e a prestação de alimentos, que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz (Silva, 2008, p. 40).

Na constância do casamento ou da união estável entre os pais, torna-se irrelevante o instituto da Guarda, pois ambos vivendo juntos exercerão os direitos e obrigações decorrentes do poder familiar. Mas ocorrendo o rompimento da relação conjugal, seja pelo divórcio ou pela dissolução da união estável, os pais além dos direitos pessoais e patrimoniais que devem ser ajustados, o exercício da parentalidade deve ser estipulado, pois o dever de cuidado e educação dos filhos permanece incólume para ambos os pares parentais, em outras palavras, o fim da relação conjugal não finaliza a parentalidade, os filhos continuam necessitando de ambos os pais para que sua formação psíquica se torne completa, pois conforme dispõe Maria Berenice Dias:

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos os pais com relação à prole. O rompimento do casamento ou união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do Poder Familiar em nada é afetado (Dias, 2017, p. 545).

Insta esclarecer que o dever de cuidado dos filhos nem sempre foi assim, as transformações ocorridas na sociedade alteram a concepção de família, que passou a ser um *locus* em que o sujeito procura a felicidade e a satisfação individual, o papel da mulher que passou a ter um protagonismo dentro do seio familiar, pois hoje atua com autonomia e igualdade em todas as decisões, e ainda o papel dos filhos que passaram a ser considerados sujeitos de direitos que merecem ter a proteção e respeito diante da sua condição de pessoa humana em desenvolvimento. Desta feita, o conceito de Pátrio Poder, estipulado na legislação civil vigente ao tempo da promulgação da Lei de Divórcio no Brasil, não tem mais espaço, conforme leciona Ana Maria Milano Silva:

Inicialmente, só o *pater*, ou seja, o pai, o exercia possuindo domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma. A família delineava-se no regime patriarcal, em que o “*pater familias*” era a autoridade plena sobre tudo e todos. Com o passar dos tempos, o poder paternal ficou restrito às leis, passando de poder para dever. Aos pais foi repassado o dever de educar os filhos e administrar ou colaborar com a administração dos bens dos mesmos (Silva, 2008, p.14).

Nessa perspectiva, a estruturação política do estado brasileiro inaugurou uma nova ordem constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que reconfigurou a estruturação social, agora pautada na democracia e nos direitos humanos, com destaque ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana. No que se refere às crianças e adolescentes, que outrora eram concebidos como objetos de políticas públicas para evitar a situação de risco, passaram a ser consideradas como sujeitos de direito que necessitam de proteção Integral para garantir seu desenvolvimento pleno de acordo com os ditames previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990). Desarte, o conceito de Pátrio Poder tornou-se em descompasso com a sociedade que se configurava neste momento. Por isso, em 2002 com a aprovação do novo Código Civil, foi renomeado o poder-dever de cuidado que ambos os pares parentais possuem para Poder Familiar. Insta mencionar que a mudança não foi apenas no vocábulo mas no conteúdo, conforme a Doutora Denise Damo Comel leciona:

Reconhecido o poder familiar como uma função atribuída tanto ao pai quanto à mãe, em igualdade de condições, insta procurar estabelecer a distinção entre os termos exercício e titularidade do poder familiar. Com efeito, a titularidade do poder familiar se refere à prerrogativa em si, em abstrato, dos pais estarem investidos das faculdades e deveres a ele inerentes, ocupando a posição que lhes cabe. É o pertencer ou possuir abstratamente. É o elemento formal, de atribuição da função ao titular, que se complementa com o exercício, por meio do qual, efetivamente, a titularidade se realiza. O exercício, então, é a realização da titularidade, o aspecto ativo e prático, que vai se traduzir numa intervenção de decisão e participação em todos os assuntos referentes à vida do filho. Exercer o poder familiar, então, é realizá-lo no plano da existência, desempenhando-o efetivamente, desenvolvendo as funções que o integram, praticando todos os atos necessários à proteção e defesa dos interesses do filho a ele submetido (Comel, 2003, p.77).

Logo, percebe-se que ambos os pais têm a titularidade do poder familiar, entretanto, o efetivo exercício desse poder-dever dos pares parentais que não mais vivem em conjugalidade é realizado com o estabelecimento do regime de Guarda.

Torna-se oportuno mencionar que as transformações ocorridas na sociedade brasileira ao longo do século XX, em especial no que se refere ao Direito das Famílias, deve-se a 03 fatores: Divórcio, Autonomia da Mulher e Alterações na percepção dos filhos na família. Portanto analisar estes três marcadores vai contribuir para uma melhor compreensão do Instituto da Guarda.

2.1 O divórcio

Antes de discorrer efetivamente sobre o divórcio, torna-se mister compreender o instituto do casamento. No Brasil, em decorrência da colonização europeia, o casamento originou-se como uma organização social indissolúvel, o núcleo social fundante da sociedade brasileira. Esta característica marcante do casamento dentro da nossa cultura foi decorrente da tradição greco-romana. Nestas civilizações, classificadas como sociedades antigas, o casamento estava intimamente relacionado ao lado religioso da sociedade, conforme podemos constatar em Coulanges (2005, p. 46) “A primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi, de fato, o casamento”.

Dessa forma, o casamento como instituição social ligado ao sagrado, por milênios foi considerado como indissolúvel, perpetuando-se a linha patriarcal, tendo em vista que as mulheres deixavam de servir aos deuses de seus pais para a cultivar as divindades e antepassados dos maridos – *pater familiae*.

Nos primeiros séculos da colonização portuguesa estava em vigor no Brasil a legislação europeia que preconizava a perpetuidade do casamento. Somente no final do século XX foi prevista a possibilidade de sua dissolução. Em sendo reflexo da cultura colonizadora eurocêntrica, para que pudesse ser cogitada a possibilidade de dissolubilidade do matrimônio, foi necessária a dissociação entre estado e igreja, o que ocorreu somente no final do século XIX, após a proclamação da república, no ano de 1890. Até então todos os registros da vida civil eram incumbidos à igreja católica, inclusive o casamento.

Com o advento da República brasileira (1889), a sociedade civil passa a ser reorganizada em seus aspectos legais. O Decreto de Lei nº 181, de 24 de janeiro de 1890 é o responsável por instituir a obrigatoriedade do casamento civil àqueles que optassem por esta forma de união, sendo que, dessa

maneira, o vínculo existente até então, entre Estado e Igreja Católica, estaria rompido (Fagundes, 2021, p. 545).

O Divórcio, conforme conhecemos hoje, demorou quase 01 século para que pudesse ser concretizado, muito se debateu no congresso brasileiro ao longo do século XX, sobre a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial. O Primeiro documento normativo que tratou do casamento, após a separação entre o Estado e Igreja foi o decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, neste diploma legal era reafirmado a indissolubilidade do casamento, mas previa a possibilidade de divórcio com uma conotação diferente da que temos hoje, visto que não colocava fim ao vínculo matrimonial, apenas fazia a separação de corpos e bens, pois somente com a morte é que o casamento poderia ser dissolvido, conforme seguem os artigos do referido decreto:

Art.88 - O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regime dos bens, como se o casamento fosse dissolvido.

Art.93 – O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, e neste caso preceder-se-há a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil (Brasil, 1890).

Nesta primeira legislação do Estado brasileiro, ao tratar do divórcio utilizou-se ainda da concepção canônica do termo, prevendo taxativamente as causas do pedido, conforme Cahali descreve:

Disciplinada a separação de corpos como divórcio, na acepção canônica (*divortium quoad throum et mensam*), as respectivas causas foram indicadas no art.82: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos; e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos (Cahali, 2011, p.57).

No ano de 1916 foi promulgado nossa primeira codificação o Código Civil organizado por Clovis Bevilacqua, que em nada alterou a concepção indissolúvel do matrimônio, mas trouxe o desquite para o direito brasileiro, enumerando as causas deste instituto e incorporando a posição de Ruy Barbosa que defendia a utilização do vocábulo desquite como forma de separar a concepção canônica da concepção romana de Divórcio (Cahali, 2011). Com a utilização do vocábulo desquite ficava claro que os cônjuges não tinham dissolvido o vínculo matrimonial apenas estava com os corpos separados, não haveria mais dever de coabitação, e o regime de bens estava rompido. Contudo os ex cônjuges continuariam em débito com a sociedade brasileira, isto é, não quite, desquite.

Todavia, a ala divorcista do congresso brasileiro continuou lutando para que o Brasil adotasse o divórcio pleno, mas como a bancada conservadora e a igreja que ainda possuía muita influência dentro do legislativo nacional, a partir da Constituição Federal de 1934, o casamento indissolúvel foi elevado à categoria de preceito constitucional (Cahali, 2011) tornando, com essa medida, ainda mais difícil a inserção do divórcio no Brasil.

Porém o descompasso entre a sociedade e o ordenamento jurídico brasileiro fazia com que os debates sobre o divórcio continuassem no congresso nacional. Nesse contexto torna-se mister citar os trabalhos do senador Nelson Carreiro, conhecido como o pai do divórcio devido ter assinado a proposta de Emenda Constitucional que possibilitou o divórcio nos moldes que concebemos hoje. O ano era 1977, a Constituição Federal da época previa que o casamento era indissolúvel, por isso foi necessária uma alteração do texto constitucional permitindo a dissolução do vínculo matrimonial, para que em seguida pudesse ser aprovada a Lei que previa a dissolução do matrimônio pelo divórcio. Mas a aprovação desta Lei não foi pacífica, uma parte do legislativo continuava posicionando-se contrária ao divórcio sob a alegação de que o instituto iria arruinar as famílias brasileiras, em decorrência deste fato, para que pudesse ser concretizado o divórcio necessitava ser preenchido alguns requisitos, como bem narra Marluce Dias Fagundes:

Para a ação de divórcio era necessário que o casal estivesse separado há pelo menos cinco anos consecutivos e sem possibilidade de reconciliação. O caso de divórcio, conforme a legislação de 1977, autorizava que cada pessoa desfizesse um único casamento e contraísse núpcias por duas vezes (Fagundes, 2021, p. 566).

Dessa forma, nota-se que o cenário do patriarcalismo das famílias brasileira ainda predominava, pois com os requisitos temporais de 05 anos de separação de fato para o pedido de divórcio direto ou a necessidade de haver um lapso de 03 anos da sentença de separação, demonstram obstáculos para que os ex consortes pudessem seguir a sua vida de forma independente. Ainda pode-se notar que existia uma limitação para a solicitação de divórcio, somente poderia fazer 01 única vez, pois a legislação da época só permitia os brasileiros contraírem núpcias por 02 vezes, conforme descreve Fagundes (2021, p. 566).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe um encurtamento deste prazo de prova, que era a Separação Judicial, para 01 ano, podendo ser

solicitado o Divórcio direito após 02 anos de Separação de fato. Nos anos que se seguiram entre a Lei do Divórcio e a promulgação da Constituição Federal não demonstrou salutar o período de 03 anos entre a concessão da Separação e o Divórcio, servindo mais como óbice do que reflexão ao casal para que reestabelecesse o matrimônio rompido, conforme a bancada conservadora idealizou. Dessa forma, a separação judicial tornou-se mais um entrave do que um benefício para as famílias brasileira pudessem estabelecer o espaço de harmonia e paz desejado pela nova concepção de família pautada na busca da felicidade, inspiração eudemonista. Em 2010 foi aprovada a Emenda Constitucional n.66 que extinguiu o instituto da Separação Judicial do ordenamento civil brasileiro.

Feita esta sucinta análise sobre o Divórcio no Brasil, passemos para a explanar sobre o papel da mulher na família brasileira, demonstrando o caminho percorrido pelas conquistas femininas, frente a mais de meio milênio de patriarcalismo, a hegemonia da mulher no seio da família ainda traz muitas marcas do machismo e sexismo social, entretanto hodiernamente a mulher possui uma autonomia que deve ser respeitada e valorizada dentro do ambiente familiar.

2.2 A autonomia da mulher

O papel da mulher na sociedade ocidental começou a se reconfigurar após a possibilidade de exercício de seus direitos de forma autônoma. Na formação do estado brasileiro, o modelo de sociedade aqui implementado foi o patriarcal nos moldes europeus, com isso a mulher não tinha autonomia para qualquer ato na sociedade, sendo inclusive considerada incapaz para os atos da vida civil, necessitando da outorga paterna, quando solteira, ou da outorga do marido, após o matrimônio, esta dependência foi assim estabelecida por séculos.

As funções de cuidado da família, em especial dos filhos, e os trabalhos domésticos eram os ofícios que as mulheres brasileiras tinham incumbência, porém com as transformações sociais e o ingresso da mulher no mercado de trabalho a configuração familiar patriarcal, na qual o pai era o provedor e a mãe era a cuidadora do lar e dos filhos, foi reconfigurada, pois a figura de mãe e mulher recatada do lar passa a ser apenas um dos aspectos que a mulher moderna exerce dentro da família. Entretanto, o processo de autonomia da mulher dentro da família foi lento, e a legislação nacional acompanhou o mesmo passo.

A primeira codificação civil brasileira foi o Código Civil de 1916 no qual a mulher era relativamente incapaz, na constância do matrimônio cabia ao marido o controle da sociedade conjugal, conforme dispõe a exposição de motivos do CC/1916 nos seguintes termos:

Mas, sendo a família uma organização social, deve ter uma direção, e esta só pode ser confiada ao homem, sobre cujos ombros pesam as principais responsabilidades da vida em comum, ao homem que, no dizer de SPENCER, tem um espírito mais judicioso e uma constituição mais sólida. Por isso estatue o Projecto, art. 272: « O marido é o chefe da sociedade conjugal (Brasil, 1917, p. 55).

Em outros dispositivos constantes da primeira codificação civil brasileira podemos constatar o retrato da nossa sociedade neste início de século XX. Contudo os movimentos feministas no Brasil continuavam a lutar e dentre suas conquistas, cabe mencionar a possibilidade do voto feminino, estabelecido no Código Eleitoral de 1932, mas com peso diferente do voto masculino, pois era facultativo e em caso de mulher casada necessitava da autorização do marido.

As lutas em prol da igualdade entre mulheres e homens dentro da sociedade continuou, a presença feminina nos diversos espaços foi aumentando, desde a possibilidade de frequentar o ensino regular, anteriormente somente os meninos o fazia, até a presença em alguns postos de trabalho. Mas dentro das famílias a herança machista e sexista de milênios permanecia, pois enquanto casada, a mulher necessitava da outorga do marido para quase todos os atos da vida civil. Com a presença feminina na política e nos meios de comunicação, como revistas e jornais da época, foi dado início ao processo de autonomia da mulher dentro da família. O estatuto da mulher casada aprovado na década de 60 foi um marco deste processo, Marluce Dias Fagundes em seu artigo sobre Nelson Carreiro explica nos seguintes termos:

Os direitos civis das mulheres casadas seriam garantidos com o “Estatuto da Mulher Casada” pela Lei no 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Brasil, 1962), uma mudança significativa no Código Civil brasileiro. A partir de então, as mulheres casadas foram dispensadas da necessidade de autorização marital para o trabalho, instituindo o que se chamou de bens reservados, isto é, o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família. Contudo, o homem manteve-se como o “chefe da família” e com a responsabilidade exclusiva de administrar os bens comuns (Fagundes, 2021, p. 552-553).

O estatuto da mulher casada foi um marco na conquista feminina da época, contudo a esposa ainda não era vista com igualdade na família, e nos moldes do novo texto normativo, passava a ser uma colaboradora da sociedade conjugal, conforme dispõe a redação do art.233 do Código Civil de 1916 alterada pelo estatuto da mulher casada nos seguintes termos:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

2.2.1 - A representação legal da família;

2.2.2 - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

2.2.3 - O direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

2.2.4 - Prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277 (Brasil, 1962).

Esta mudança normativa foi um grande passo em direção da autonomia da mulher dentro da família, contudo a autonomia como a concebemos hoje ainda estava longe de ser garantida, pois o marido permanecia como o representante legal da sociedade conjugal, com isso poderia tomar isoladamente as decisões da família, relegando à sua companheira o papel de partícipe menor, incumbida dos afazeres domésticos e da educação dos filhos, logo às mulheres permanecia a incumbência das funções de cuidado, consideradas neste contexto como inatas da natureza feminina.

As mobilizações pela participação feminina na sociedade continuaram e contribuíram para que no final da década seguinte fosse aprovada a emenda constitucional que possibilitaria o Divórcio no Brasil. A autoria desta emenda que possibilitou a criação da Lei do Divórcio no Brasil foi do deputado Nelson Carreiro, conhecido como um dos grandes militantes das causas femininas deste período, e como consequência defensor da autonomia da vontade entre os cônjuges que desejassem refazer sua vida em novos enlances matrimoniais.

A Lei do Divórcio foi promulgada em 1977 com várias ressalvas que refletia o cenário patriarcal das famílias brasileiras, como exemplo o período de 03 anos da sentença que concedia a separação ou 05 anos de separação de fato, para que os cônjuges pudessem pedir 01 divórcio. Ressalta-se que era admitido apenas 01

pedido de divórcio, ou seja, os brasileiros só poderiam casar 02 vezes (Fagundes, 2021, p.566).

Logo o divórcio permitido pela Lei n.6.515, de dezembro de 1977, poderia ser de 02 maneiras, após a concretização de um lapso temporal comprovado com a Separação Judicial, o que foi uma remodelação do Desquite, e o instituto da Separação tornou-se um dos pré-requisitos para que pudesse ser realizado o Divórcio. Tais entraves foram frutos da bancada legislativa conservadora, patriarcal e machista que predominava o congresso nacional, pois a separação precisava ser comprovada e o Divórcio somente poderia ser solicitado uma única vez. Cabe mencionar que a Lei do Divórcio levou à extinção do Desquite, instituto anômalo que permitia apenas a separação de corpos e não o fim do vínculo matrimonial, conforme descreve o art. 41 nos seguintes termos: “As causas de desquite em curso na data da vigência desta Lei, tanto as que se processam pelo procedimento especial quanto as de procedimento ordinário, passam automaticamente a visar à separação judicial” (Brasil, 1977). E como consequência o sentido pejorativo de mulher desquitada, foi extinto neste momento.

Devido a nova legislação, modificou-se o estigma da mulher desquitada, pois perante a lei nenhuma mulher precisaria mais viver com um homem sem ser casada. Àquela parcela da população que não tinha sua realidade social como família reconhecida pelo Estado foi beneficiada naquele momento, porém o divórcio pleno não significou o fim das assimetrias de gênero no Brasil. Transformações potentes só ocorrem, ainda que de forma abstrata, com a Carta Magna de 1988 – que reconhece que todos são iguais perante a lei [...] (Fagundes, 2021, p. 566).

Contudo os doutrinadores do direito, sob a lente do machismo predominante da década de 70, distinguem a natureza do divórcio em 02 modalidades: Divórcio Sanção e o Divórcio Remédio, conforme explica Yussef Said Cahali:

[...] a terminação da sociedade conjugal só será admitida a pedido do cônjuge com fundamento na prática, pelo outro, de infrações graves aos deveres matrimoniais. O divórcio e a separação judicial representariam uma sanção indireta cominada em razão de comportamento que molesta e perturba gravemente a sociedade familiar, tornando insuportável a vida em comum. É o sistema das causas voluntárias ou culposas. A sentença concluirá necessariamente pela condenação do réu como cônjuge culpado, tendo a sua conduta como condição *sine qua non* da separação judicial ou do divórcio. A separação/divórcio remédio visa dissolver legalmente uma situação provocada não intencionalmente por qualquer dos cônjuges, mas que impossibilita o convívio conjugal. Neste caso, basta a ocorrência de circunstâncias objetivas que dificultam a manutenção da sociedade

conjugal. Não se perquire a culpa de qualquer dos cônjuges (Cahali, 2011, p.61).

O mecanismo de aferir a culpa pelo fim da sociedade conjugal pode ser considerado um dos mecanismos para dificultar e estigmatizar a mulher com o desfazimento do enlace matrimonial, para a bancada conservadora era uma forma de blindar o matrimônio, em especial pela exigência do estágio de separação antes de desfazimento total do vínculo conjugal, visto que um dos elementos para que pudesse ser pleiteado o divórcio era a aferição de culpa, nos moldes do direito penal, qual dos cônjuges seriam culpados pelo rompimento do enlace matrimonial, ou seja, a afetividade não era nem mencionada como elemento relevante na apreciação no processo de separação para chegar ao divórcio.

A balança que auferia a culpa pesava para o lado da mulher, pois ela quem tinha como “punição” a perda do convívio dos filhos. E para a época, no imaginário coletivo patriarcal, esta punição era considerada um grande castigo pois sentenciar em desfavor da mulher a perda de sua função primordial, a maternidade, teria um impacto imensurável para o ideário coletivo feminino da sociedade brasileira.

Entretanto ainda assim com todos os obstáculos, a possibilidade do divórcio já garantia uma relativa autonomia da mulher que não precisava mais do pai ou do esposo para responder pelos seus atos dentro da sociedade civil brasileira. A mulher divorciada era autônoma e poderia se auto afirmar da forma como entendesse.

A mudança no cenário de auferir culpa pela dissolução da sociedade conjugal, somente foi possível com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois a linha mestra desta nova ordem constitucional era a dignidade da pessoa humana em sintonia com a igualdade entre todos os cidadãos brasileiros. Com isso a autonomia da mulher que reflete em igualdade de direitos dentro da sociedade conjugal passou a ser previsto taxativamente nos seguintes termos:

Art.226. A Família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado
§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente entre pelo homem e pela mulher (Brasil, 1988).

Assim, no que tange aos direitos de igualdade de gênero, que reflete na plena autonomia da mulher dentro da família, o ordenamento jurídico brasileiro somente passou a tutelar com a mudança constitucional, pois com a nova Constituição Federal passou a ser consagrado o princípio da igualdade, nos termos acima demonstrados.

Mas um outro elemento dentro da família precisa ser analisado: os filhos, pois com as mudanças no papel da mulher e da mãe no seio das famílias, ou seja, com a possibilidade do divórcio e a autonomia da mulher, os filhos frutos desta nova configuração familiar terão alterações em sua percepção dentro das famílias.

2.3 As alterações na percepção dos filhos na família

Tradicionalmente os filhos nas famílias eram vistos como uma parcela de autoridade do pater família, o pai era senhor absoluto dos desígnios dos filhos, por isso a nomenclatura “Pátrio Poder”, que remonta aos princípios greco-romanos, conforme podemos conferir em Fustel de Coulanges:

[...] Era o pai que podia dispor de toda a propriedade pertencente à família, e o próprio filho poderia ser considerado como uma propriedade sua, porque os seus braços e o seu trabalho eram fonte de receita. O pai poderia, pois, à sua escolha, guardar para si este instrumento de trabalho, ou cedê-lo a outro (Coulanges, 2005, p. 99-100).

Sabendo-se que a sociedade brasileira é oriunda da colonização portuguesa, que adotou a concepção greco-romana de família, a incumbência pela criação dos filhos era exclusivamente materna, era um dever natural das mães o cuidado e educação dos filhos. Ao pai provedor ficava a responsabilidade pelo sustento financeiro e representação pela família perante o Estado/sociedade. Assim, a nomenclatura *pátrio poder* foi replicada na primeira codificação civil genuinamente brasileira, retratando o patriarcalismo em que estava pautada a sociedade tupiniquim, pois a responsabilidade pela família era incumbência do pater família, por isso perpetuação do vocábulo pátrio poder, conforme dispõe oliveira:

Ocorre que o movimento de codificação foi marcado pela influência do Direito romano, e o Código Civil de 1916 representou a continuidade da repercussão dos costumes vigentes sobre a legislação. Para retratar e regular a relação dos filhos com seus pais, manteve-se a terminologia presa ao passado: o pátrio poder ainda perduraria. Conservado o marido na posição de chefe da sociedade conjugal (artigo 233), era apenas na sua falta que a mulher passaria a exercer o poder de direção da família (artigo 380). Esse exercício excepcional do pátrio poder pela mulher, contudo, cessava no momento em que ela decidia contrair novas núpcias (artigo 393 do Código Civil de 1916, em redação originária). Era um sistema que não prestigiava o diálogo e a soma de opiniões dos genitores sobre a educação dos filhos, até porque não havia preocupação com o melhor interesse destes. Havia um abade, e sua palavra era final (Oliveira, 2022, p. 20).

Mas com a maior participação das mulheres no mercado de trabalho, agora independente da autorização marital, gradativamente os homens passaram a ter uma nova concepção do seu papel na família e da sua relação com os filhos, ou seja, da paternidade, conforme menciona Maria Berenice Dias:

[...] Com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e nas esferas de poder, maridos e companheiros foram convocados a participar mais da vida dos filhos. Acabavam descobrindo as delícias da paternidade e passaram a reivindicar maior convívio como a prole, quando da separação do casal. Pelo ranço cultural de que os filhos ficavam com a mãe e ao pai cabia tão só pagar alimentos e visita-los quinzenalmente, encontraram enormes resistências. Muitas vezes os filhos eram usados como ferramenta de vingança e o pai acabava absolutamente refém do poder materno, que só lhe permitia ter acesso aos filhos, quando ela deixava (Dias, 2017, p. 545).

A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) que consagrou os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, como basilares para o direito infante juvenil, a concepção das pessoas menores de 18 anos deixaram de ser objeto de políticas públicas para tornarem-se sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento físico e mental incompleto.

Assim, ao longo do século XX, as famílias tiveram muitas alterações que não coadunavam-se com a concepção de pátrio poder, no qual tudo estava sob a tutela exclusiva do pater família. Agora passou a existir um compartilhamento de tarefas entre o marido e a mulher, inclusive no que se refere ao sustento da entidade familiar. Por isso em 2002 o Código Civil trouxe atualizou a nomenclatura para Poder Familiar, atualizando a concepção de filho como sendo responsabilidade de ambos os pais e não apenas do Pater, conforme discorre Rolf Madaleno:

A expressão *pátrio poder* induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação *poder familiar*, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos [...] (Madaleno, 2021, p.745).

Contudo, a alteração de pátrio poder para poder familiar já não atendia aos anseios que estavam previstos desde a constituição de 1988, pois os filhos não são coisas que pertencem aos pais, são sujeitos de direito em desenvolvimento que precisa de orientação da autoridade parental para que alcance o desenvolvimento físico e mental sadio, pois a parentalidade não é um poder, mas sim um conjunto de

atribuições e responsabilidades que vão propiciar a formação destes sujeitos de direito, conforme a doutora Denise Damo Comel leciona:

Entretanto, ainda que louvável a intenção de se modificar a designação, como que para traçar um marco entre o modelo original de pátrio poder e a concepção atual, o termo que parecia mais adequado não seria *poder familiar*, mas *autoridade parental*. O vocábulo *autoridade*, por ter um sentido mais ameno que o termo poder, ainda que também possa significar poder, mas no sentido de decidir, ordenar, de se fazer obedecer, ou, ainda, significando a força da personalidade de um indivíduo que lhe permite exercer influência sobre pessoas, pensamentos e opiniões, ascendência. (Comel, 2003, p.58)

No mesmo sentido, Rolf Madaleno citando Paulo Lôbo dispõe:

Também para Paulo Lôbo, o *poder familiar* não é a denominação mais apropriada, porque mantém a ênfase no poder, cujo o termo se mostra inadequado, por não expressar a verdadeira ligação surgida entre pais e filhos, assim como o termo *familiar* estaria deslocado de contexto, pois leva a acreditar que avós e irmãos também estariam investidos da função (Madaleno, 2021, p.745).

Assim, a atual concepção dos filhos dentro das famílias é no sentido de uma relação funcionalizada, pautada no diálogo entre as funções familiares de pais e filhos, a autoridade necessita ser reconhecida, mas deve ser respeitada as vozes de cada membro da família.

As crianças e os adolescentes são seres em desenvolvimento cuja proteção e orientação é confiada àqueles que são legalmente por eles responsáveis. De fato, a responsabilidade é a característica mais marcante do ofício parental. Os menores têm autonomia limitada em razão da presunção de que o seu discernimento é incompleto, situação que faz com que eles dependam da intervenção dos sujeitos maiores para a prática dos atos da vida civil. Contudo, também esses sujeitos que se encontram no exercício do poder familiar não têm autonomia plena para agir e decidir em nome do destinatário. Nessa medida, os contornos dessa peculiar relação merecem ser bem definidos, seja mediante o estabelecimento de seus limites e do equilíbrio entre a proteção e a promoção, mas também a partir da investigação da correta natureza jurídica do poder familiar (Oliveira, 2022, p.12).

No sentido de investigar a atual concepção do poder familiar dentro do direito das famílias, o professor Rolf Madaleno, citando Maria Clara Sottomayor, esclarece:

[...] a palavra *poder* significa posse, domínio, hierarquia, estando, portanto em contradição com a noção hodierna de família participativa e democrática, ancorada na igualdade entre os membros, todos sintonizados em uma colaboração mútua, de auxílio e respeito, preferindo a excepcional autora outras expressões como *responsabilidade parental* ou *cuidado parental*, por expressarem uma noção de compromisso diário dos pais para

com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos (Madaleno, 2021, p.745).

Compreender o real sentido dos filhos dentro das famílias em nossa contemporaneidade vai contribuir na análise do instituto da guarda dentro do direito brasileiro, todavia o vocábulo Guarda ainda remete ao sentido de coisificação dos filhos dentro das famílias, conforme Maria Berenice Dias discorre:

A palavra guarda significa uma verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto de direito do que de sujeito de direito. Como se refere Gustavo Tepedino, a carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho (Dias, 2017, p. 546).

O instituto da Guarda, mesmo sendo o vocábulo carregado de preceitos ultrapassados em nossa contemporaneidade familiar, existe devido a necessidade de estabelecer a forma de convívio dos pares parentais com os filhos após o fim do enlace amoroso. Em nosso ordenamento jurídico temos, expressamente, 02 modalidades de Guarda, conforme preconiza o art. 1583 nos seguintes termos: “A Guarda será unilateral ou compartilhada” (Brasil, 2002). Contudo a doutrina discorre sobre outras modalidades, inclusive identificando a aplicação judicial de outras espécies de cuidado parental sob a denominação de Guarda compartilhada, por exemplo. Desta feita, torna-se mister fazer um estudo sobre as modalidades de Guarda praticadas no Brasil.

3 AS MODALIDADES DE GUARDA PRATICADAS NO BRASIL

Com o rompimento da conjugalidade dos genitores, os filhos decorrentes da relação cingida necessitam da convivência com ambos os pares parentais, o que era natural durante a união. Dessa forma, coube à legislação civil, regulamentar o direito de convivência dos filhos com seus pais após o fim do enlace matrimonial.

Hodiernamente, no momento da determinação judicial da Guarda o que deve ser tutelado é o direito dos filhos de conviver com os pais, contudo tal concepção é recente, pois, conforme já mencionado, nos primeiros séculos da sociedade brasileira os filhos eram vistos como direito dos pais, mas que em razão das alterações ocorridas no seio das famílias, em especial o divórcio, a autonomia da mulher e as alterações na percepção dos filhos, houve a necessidade de remodelar o instituto da Guarda.

Insta mencionar que a nomenclatura “Guarda” está em consonância com o direito das coisas, isto é, os filhos sendo considerados “coisas” que pertencem aos pais. Entretanto as alterações sociais que refeltem na evolução do direito infanto juvenil na legislação brasileira, tornou o termo arcaico e inadequado pois os filhos não são mais objetos, tal qual narrou Coulanges (2002), que necessitam ser “guardados” pelos pais, mas sim pessoas, sujeitos de direitos, que precisam ter garantido o seu desenvolvimento físico e mental pleno, concretizando o princípio estatutário da Proteção Integral (Oliveira, 2022).

Feita a ressalva necessária, todavia, a nomenclatura “Guarda” permanece em nossa legislação. O instituto possui previsão em 02 textos normativos, a saber: no Código Civil, artigos 1583 a 1590, inserto no capítulo XI do livro IV, do direito de Família (Brasil, 2002), e na Lei n.8.069 de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na seção III - Da Família Substituta, artigos 33 a 35 (Brasil, 1990).

Ressalta-se que a abordagem nestas legislações é distinta, no Código Civil temos a proteção dos filhos, ou seja, o poder familiar está em plena efetividade. Já no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Guarda é prevista como um instituto para a regularização da responsabilidade legal sob a criança ou adolescente pois o poder familiar dos pais poderá estar suspenso ou extinto, por isso a guarda está inserida no título da colocação em família substituta. Desta feita, o presente estudo estará pautado na Guarda prevista pelo Código Civil, isto é, quando ambos os genitores

estão em pleno exercício do poder familiar só necessitando estabelecer como será efetivamente exercido.

A determinação da Guarda dentro do processo de divórcio ou dissolução de União Estável rege-se pelos artigos 1583 a 1590 do Código Civil brasileiro. Especificamente no artigo 1583 está previsto, taxativamente, as 02 modalidades de Guarda: a Unilateral e a Compartilhada. (Brasil, 2002) Neste ponto, os professores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, defendem a ideia interessante de que na realidade a única modalidade de guarda que deveria ser efetivada é a Guarda Compartilhada, pois somente esta está em consonância com as diretrizes do ordenamento jurídico nacional, o que podemos comprovar nos seguintes termos:

[...] Como já foi dito, aliás, a guarda compartilhada deve ser assumida como único modelo viável em atenção à estrutura do poder familiar. Todavia, o estado de dissintonia mantido pelos pais, caso existente, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser relevado e tratado (Almeida; Rodrigues Júnior, 2023, p. 596).

Todavia, na aplicação da norma no caso concreto, constata-se outros arranjos que podem ser estabelecidos sob a nomenclatura de Guarda Compartilhada, como comumente ocorre de serem determinados períodos alternados e preestabelecidos de convívio com cada um dos pares parentais e tal prática assemelha-se mais com a Guarda Alternada do que Guarda Compartilhada. Outro arranjo que poderá ser estruturado pelos pares parentais é o estabelecimento de uma alternância dos pais no lar conjugal após o fim do enlace amoroso, como forma de diminuir os impactos da separação conjugal, o que a doutrina classifica como guarda ninho ou ninhação.

Dessa forma, para compreender o real significado das duas modalidades de guardas previstas na legislação civil, torna-se necessário estabelecer a distinção entre elas, bem como traçar as diferenciações que possuem e, em especial, delimitar as diferenças entre a Guarda Compartilhada, a Guarda Alternada e a Guarda ninho ou ninhação, pois são estas 04 formas de guardas que poderão ser comumente praticadas na realidade brasileira.

3.1 Guarda unilateral

A Guarda unilateral até a promulgação da lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008 (Brasil,2008), que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada, era a única modalidade de guarda prevista em nosso ordenamento jurídico. Esta modalidade estabelece que após o fim do enlace afetivo dos pais, um deles ficará com o convívio efetivo do filho, enquanto o outro, permanecendo com seu poder familiar incólume, terá a responsabilidade de fiscalizar as ações do guardião efetivo. Nesse sentido leciona os doutrinadores Almeida e Rodrigues Junior (2023, p. 591), nos seguintes termos:

Resumidamente, guarda unilateral pode ser definida como o direito de apenas um dos pais ter o filho frequentemente consigo ao qual está atrelado o dever de lhe promover o desenvolvimento pleno. Paralelamente, ao pai a quem ela não foi concedida, é deixado o direito de convivência, isto é, a prerrogativa de ter seu contato com o menor em alguns momentos periódicos e de avaliar seu crescimento pessoal promovido pelo guardião, num flagrante redução de influência na criação destes.

Desta feita, pode-se caracterizar a guarda unilateral como a modalidade de guarda que centraliza o cuidado e responsabilidade em apenas um dos pares parentais, ficando este sobrecarregado e ao outro ex consorte restando apenas o direito de acompanhamento distante e em períodos esparsos de tempo.

Insta mencionar que esta forma de exercício do poder familiar solo surgiu no contexto em que pela separação as mulheres tinham a incumbência natural de cuidar dos filhos e que os filhos eram “coisa” dos pais. E ainda a estipulação de quem ficaria com os filhos no fim do relacionamento tem íntima relação com a culpabilidade pelo fim do enlace amoroso, ou seja, estava intimamente relacionado com o período em que o divórcio tinha um culpado para sua ocorrência, e assim, o culpado pelo fim do casamento teria como penalidade a perda da guarda dos filhos, deixando nítido o sentido de “coisificação dos filhos” isto é, os filhos eram objeto de direito dos pais.

Com a alteração do significado do casamento e a conseqüente alteração na atual perspectiva do divórcio, não sendo mais instrumento para punir o par parental que deu causa ao fim do matrimônio, mas sim como uma maneira de buscar a felicidade dos entes parentais envolvidos num relacionamento que não satisfaz aos anseios de felicidade que o matrimônio deve cumprir. Nesse contexto, não se

coaduna com a estipulação unilateral do cuidado dos filhos como forma de consagrar o ente parental vitorioso do conflito amoroso rompido, até porque a nossa legislação é taxativa ao dispor que o poder familiar em nada se altera com a separação dos pais, ambos possuem os mesmos direitos e deveres com relação aos filhos, conforme consta nos seguintes termos do Código Civil:

Art.1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que os primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (Brasil, 2002).

Entretanto existem situações, com previsão normativa, em que a guarda unilateral é a única possível, como no caso de um dos pares parentais não esteja apto ao exercício do poder familiar, nos casos de violência doméstica, alteração recente do código civil (Brasil, 2023), ou quando um dos pares parentais manifestam o desejo de não possuir com o convívio efetivo com o filho. Entretanto, estando ambos os pais com condições para o exercício da guarda efetiva e apenas um par parental a exerce, o outro fica distante dos cuidados e do convívio que é de extrema importância para o desenvolvimento físico e mental das crianças e adolescentes, conforme previsão normativa de que os filhos possuem o direito ao convívio com ambos os pais para que sua formação física e mental possa ser completa, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente nos seguintes termos:

Art. 19. É Direito da Criança e do Adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (Brasil,1990).

Com essas mudanças sociais, aliado ao anseio de ambos os pares parentais estarem em convívio efetivo com sua prole, surgiu a ideia da guarda compartilhada, conforme será explanada a seguir.

3.2 Guarda compartilhada

As mudanças ocorridas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a elevação da dignidade da pessoa humana como centro de proteção jurídica e que essa dignidade deve ser tutelada também dentro do seio familiar gerando alterações nos objetivos das famílias, agora espaço de realização pessoal conforme já explanado

alhures. Os filhos passaram a ser identificados como sujeitos de direito, um novo olhar ao conceito de criança e adolescente, não mais como objetos de políticas públicas, mas pessoas em desenvolvimento que precisam de proteção. Dessa maneira, a preocupação com a garantia do desenvolvimento físico e mental completo passou a ter a maior relevância dentro das famílias, e com o rompimento do enlace afetivo, a garantia da proteção integral aos filhos frutos da relação deve ser resguardada no momento da estipulação do regime de convivência dos pais com os filhos.

A necessidade de convívio com ambos os pares parentais após a dissolução da entidade familiar demonstrou que a guarda unilateral não estava atendendo aos novos anseios da família moderna, pois um dos pares tinha o efetivo convívio com os filhos, com maior responsabilidade de cuidado e educação enquanto o outro tinha o convívio esporso, geralmente aos finais de semana, e contribuindo financeiramente com a pensão estipulada ou acordada entre os ex-consortes. Este cenário estava levando ao afastamento do par parental, que não detinha a guarda unilateral, do real convívio com o filho. Assim, sob inspiração do direito comparado europeu, em 2008 foi promulgada a lei 11.698 de 13 de junho de 2008 que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada no Brasil (Brasil, 2008).

Ressalta-se que neste momento a lei da guarda compartilhada trouxe modificação nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil (Brasil, 2008, art.1º) e estipulou que seria facultativa a aplicação da modalidade de guarda compartilhada, nos seguintes termos: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Desta feita o texto que dispunha: *sempre que possível* (Grifo nosso) será aplicada a guarda compartilhada. Por ser facultativa e uma inovação dentro da sociedade brasileira, a guarda compartilhada foi pouco aplicada durante este período inicial, mesmo com várias pesquisas apontando para seus benefícios aos filhos da relação rompida.

Destarte, para aumentar a aplicabilidade dessa modalidade de exercício do convívio parental, em 2014 houve uma nova alteração dos referidos dispositivos do Código Civil estabelecendo-a como regra no caso de divergência entre os pares parentais, conforme passou a estabelecer o art. 1584 §§ 2º e 3º do Código Civil nos seguintes termos:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (Brasil, 2014, art.2º).

Com a estipulação da divisão equilibrada do tempo com ambos os genitores, muitos aplicadores do direito, para cumprir com a norma, passaram a fazer um regime assemelhado com a guarda alternada, o que é desaconselhado pelos estudiosos da psicologia e pedagogia infanto juvenil porque gera uma alteração drástica na rotina e na disciplina destes sujeitos em desenvolvimento, conforme será explicitado a seguir.

Insta mencionar que, recentemente houve uma nova alteração neste dispositivo relativo a guarda compartilhada, inserido uma nova proibição para a aplicação judicial desta modalidade de guarda, o art. 1584 § 2º do Código Civil brasileiro (Brasil,2002) passou a dispor o seguinte texto normativo:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar (Brasil, 2023, art.2º).

Assim, a divisão pura e simples do tempo entre os pares parentais destoa do objetivo de garantir a convivência dos filhos com ambos os genitores, pois juridicamente terá essa vivência, mas faticamente uma guerra entre os pares parentais pode, veladamente, está sendo travada. Desses modo, a divisão matemática do tempo de convívio concretizará a modalidade de guarda alternada sob o manto da guarda compartilhada, pois para que o convívio com ambos os genitores seja realizado faticamente, deverá existir um mínimo de diálogo entre os pares parentais, conforme será analisado no próximo capítulo: a natureza dialógica da guarda compartilhada.

Portanto, torna-se oportuno discorrer as possíveis distorções na aplicabilidade da guarda compartilhada que podem caracterizar tanto a modalidade de guarda alternada quanto a modalidade de nidificação ou aninhamento. Ou seja, quando o juiz na prolação da sentença que estipula a modalidade de guarda aplicada e estabelece a divisão matemática do tempo de convívio entre os genitores e os filhos sem que exista o liame de comunicação efetiva entre os pares parentais está, na verdade,

aplicando uma guarda alternada sob a nomenclatura de guarda compartilhada. Noutra frente, no momento em que os pares parentais com o objetivo de garantir o compartilhamento do convívio com os filhos de modo a preservar o ambiente físico e social com poucas mudanças e estabelecem um acordo em que ambos vão realizar uma alternância de convívio na casa em que os filhos moram, está configurada a guarda nidação ou aninhamento. Assim, torna-se mister fazer uma análise de cada uma destas modalidades que numa primeira vista podem ser confundidas com a guarda compartilhada, mas que possuem nuances que podem destoar das finalidades precípuas de garantir o convívio parental saudável com ambos os pares parentais, o que será explicitada logo a seguir.

3.3 Guarda alternada

A guarda alternada caracteriza-se com a alternância da guarda unilateral, ou seja, quando o filho está sob a tutela de um dos pares parentais cumpri, isoladamente, as determinações deste par parental, já quando passa para a guarda do outro consorte altera a responsabilidade para o outro par parental, ou seja, alterna-se a guarda como se fossem 02 guardas unilaterais delimitadas pelo tempo que permanece com cada par parental. Especialistas em desenvolvimento infanto juvenil desaconselham esse regime por criar 02 cenários diferentes na formação dos filhos podendo gerar danos na formação da personalidade que poderá ser dúbia, pois os pares parentais não possuem quaisquer comunicações para que a diretriz da educação dos filhos seja uníssona, conforme o professor Walcyr Grisard Filho (2014, p. 90-91) dispõe:

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Desta forma, casa um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integral o poder parental. Essa modalidade de guarda opõe-se ao princípio da “continuidade” que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

Insta mencionar que formalmente este modelo de convívio parental não é aceito em nosso ordenamento devido não respeitar o princípio da continuidade no desenvolvimento dos filhos, mesmo que em algumas situações a guarda

compartilhada possa ser confundida com essa modalidade, conforme explica Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p.1337):

A leitura do já transcrito § 2º do art.1583 do código civil permite constatar tal confusão que, na “guarda compartilhada, o tempo de convívio com o filho deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Divisão predeterminada de tempo é próprio da guarda dividida ou alternada. Na Guarda Compartilhada, não deve haver divisão de tempo, mas coexistência.

Assim, quando o juiz determina a divisão matemática do tempo em que cada par parental permanecerá sob o convívio dos filhos em comum, na verdade está praticando a guarda alternada e não a guarda compartilhada, pois naquela há alternância na exclusividade de guarda/convívio de cada par parental, ou seja, os pais ficam alternando o cuidado e não respeitam a continuidade necessária para o desenvolvimento físico e mental completo dos filhos, deixando de considerar o convívio partilhado que deve reger a modalidade de guarda compartilhada, e assim os prejuízos para o desenvolvimento físico, mental e social dos filhos é notório, pois fica em dois ambientes distintos e isolados, sendo essa aplicação uma distorção das finalidades da guarda compartilhada, conforme leciona os professores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Rodrigues Junior (2023, p. 593-594) nos seguintes termos:

Para tanto, porém, a guarda compartilhada não gera a necessidade de o filho dividir-se entre as residências de seus pais, distribuindo-se em rotinas diversas no seu dia a dia. Esse é, talvez, o principal vício de compreensão do instituto.

Guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada. Esta sim implica o fracionamento da companhia do menor em períodos pré-fixados entre as moradas da mãe e do pai e gera, ainda, a exclusividade temporária do poder familiar. Essa exclusividade, no entanto, faz parecer equivocada a divisão de guarda, que, afinal, é um atributo do poder familiar. Parece mais adequado compreender que a guarda seja sempre compartilhada, não obstante ser possível admitir alternância na convivência. Na guarda alternada, enquanto o filho reside com a mãe, só ela exerce as prerrogativas da autoridade parental, sem qualquer interferência do pai, que tem o exercício do mesmo direito suspenso. No caso recíproco, ou seja, durante o tempo em que o filho residir com o pai, é ele quem concretizará, sozinho, o poder familiar.

Destarte, a guarda alternada implica o exercício exclusivo do poder familiar, e sendo o poder familiar igual entre os pares parentais, conforme expresso no art. 1634 do Código Civil (Brasil,2002), assim a exclusividade da guarda alternada não tem como prosperar dentro do ordenamento jurídico brasileiro. E ainda que pudesse ser aplicada, a falta de continuidade na educação dos filhos leva à prejudicialidade

do desenvolvimento social e psicológico das crianças e adolescentes, pois se pudesse ser aplicada a guarda alternada teríamos um convívio parental sucedâneo com 02 ambientes completamente diferentes e isolados, mais grave que a guarda unilateral, pois nesta apenas o tempo de convívio com par parental guardião é diverso do par parental que não possui a guarda.

Como já dito alhures, a guarda alternada não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, e tem sido rejeitada pelos tribunais do País. Vale ressaltar que, no caso de total divergência dos pais, os filhos vivenciam grandes disputas do poder decisório, como por exemplo, quanto à escolha da escola, da religião, do esporte, do tratamento médico, dos valores que devem cultivar etc.

Na impossibilidade de consenso, os menores geralmente são obrigados, no período em que estiverem em poder do “guardião da vez”, a se moldarem às preferências deste, e a agirem de acordo com o cotidiano dos filhos e um clima de instabilidade aos mesmos que, não sem razão, ficam inseguros quanto às próprias atitudes, as quais não têm certeza se estão corretas ou erradas.

Além disso, os filhos, temendo desagradar ou desobedecer ao guardião ou ao outro, começam a omitir fatos e até mesmo a mentir, quanto ao cumprimento das determinações de um genitor provocam o descumprimento das diretrizes impostas pelo outro.

Pode-se perceber que a guarda alternada, salvo raras exceções, não propicia o bem do menor, mas termina constituindo-se um “arranjo” dos pais, satisfazendo a sua conveniência, o que, ao fim e ao cabo, pode trazer prejuízos de toda ordem à aquele e à própria relação familiar (Vale, 2018, p. 42).

Portanto, a modalidade de guarda alternada somente pode ser aplicada aqui no Brasil como uma distorção da guarda compartilhada, visto que a alternância de residências pode ser uma forma de aplicação da guarda compartilhada, mas quando a alternância se configura como um convívio isolado, está faticamente exercendo uma suspensão do exercício do poder familiar durante o período que o outro par parental está com o filho, o que foi tutelado pelo código civil visto que externaliza uma real ruptura da continuidade da formação destes sujeitos de direito em desenvolvimento.

O exercício revezado da guarda se contrapõe à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o bem estar da criança, mostra-se inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, uma vez que o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica (Akel, 2010, p.114).

Desta feita, a modalidade de guarda alternada não se coaduna com a garantia do desenvolvimento físico e mental sadio consecutório do princípio estatutário da Proteção Integral, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do

Adolescente (Brasil, 1990). Ou seja, a prática da alternância isolada de convívio de cada par parental com os filhos não pode ser visto como a aplicação da guarda compartilhada, e mais, necessita ser rechaçada, devido aos prejuízos que traz para a formação da personalidade das crianças e adolescentes sujeitas a este arranjo distorcido do compartilhamento de convívio.

3.4 Guarda ninho ou ninhação

A presente modalidade de guarda conjunta inspirou-se nas atitudes das aves que constroem ninhos para abrigar seus filhotes e ficam revezando no cuidado com estes seres. Assim a Guarda Ninho ou Ninhação caracteriza-se pela eleição de um lar para os filhos, no qual os pares parentais iriam revezar-se neste local quanto ao cuidado e criação dos rebentos.

No Brasil esta modalidade é de difícil execução pois necessita a manutenção de no mínimo 03 lares distintos, ou seja, é preciso uma condição econômica muito favorável para manter 03 casas. Contudo, aos filhos seria um ambiente no qual os vínculos comunitários e de amizade estariam inalterado com o fim do relacionamento conjugal dos pais, os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017 p.1337-1338) explicam nos seguintes termos:

c) Nidação ou aninhamento – espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas) ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe já separados moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de Guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente forte. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram.

Portanto, a ninhação é a guarda na qual os filhos residem em uma casa fixa, sendo alternada a permanência dos pais nesta residência, ou seja, os pais alternam-se na casa dos filhos de forma que ambos possam dividir o tempo de convívio no espaço dos filhos, o professor Wlacyr Grisard Filho (2014, p. 91) dispõe:

No aninhamento ou ninhação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo. Tais

acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõe na sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais.

Mesmo sendo o ambiente concreto da casa em que filhos permanecerão ter a presença dos pais em tempos alternados, se entre esses pares parentais não houver o mínimo diálogo, além dos custos altíssimos deste modelo de guarda, a confusão na formação dos filhos permanecerá tal qual existe na guarda alternada, só estando incólume o local físico de permanência das crianças e adolescentes, ficando a logística interna em desajuste se não houver acordo entre os pais.

Portanto, para o efetivo exercício do poder familiar de forma equilibrada entre os pares parentais é necessário o estabelecimento de um ajuste entre os pais. Logo, é oportuno fazer uma análise do caráter dialógico da guarda compartilhada, haja visto ser na sua origem o modelo de guarda que melhor pode propiciar o convívio dos filhos com os pais após a dissolução do enlace amoroso com vista a garantir o seu desenvolvimento físico e mental sadio.

4 A NATUREZA DIALÓGICA DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada surgiu como uma forma de garantir o convívio dos filhos com ambos os pares parentais após o fim da união amorosa. Como já narrado, até a promulgação da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008 (Brasil, 2008), no momento da separação deveria ser eleito o par parental que ficaria responsável pelo cuidado dos filhos, ou seja, só existia a guarda unilateral. Em 2008 a guarda compartilhada emergiu como uma facultatividade, quando possível ser aplicada. Contudo, em 2014 após a evolução dos estudos sobre o instituto, notou-se que o efetivo contato com os pares parentais era necessário para que a criança ou adolescente pudessem alcançar sua formação física e mental completa, nos termos dispostos no estatuto da criança e do adolescente (Brasil, 1990).

Desta feita, lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 (Brasil, 2014) tornou a aplicação da guarda compartilhada como regra em especial quando os pais não tinham consenso sobre o regime de guarda e ambos estivessem aptos para o exercício desta modalidade de convívio parental. Assim, o juiz aplicaria a guarda compartilhada com fins ao atendimento do melhor interesse dos filhos. Neste momento, surgiu os questionamentos sobre a necessidade ou não do diálogo efetivo entre os pais para que a guarda compartilhada pudesse ser aplicada pelo juiz.

Uma parte da doutrina, com destaque para a professora Maria Berenice Dias, afirma que o diálogo entre os pares parentais não era necessário para que pudesse ser aplicado a guarda compartilhada, conforme consta nos seguintes termos:

A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais a mercê de acordos firmados pelos pais. Pode ser imposta pelo juiz, independentemente dos genitores. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda conjunta (2017, p. 551).

Outra parte da doutrina afirma que é necessário o mínimo consenso para que a guarda compartilhada possa ser efetivada com sucesso e não se torne instrumento de manipulação de um dos cônjuges, podendo inclusive desencadear o que o professor Rolf Madaleno chama de *Síndrome do Genitor Disneylândia*, que se caracteriza quando a falta de limites daqueles pais que pretendem compensar sua ausência para ganhar o carinho e atenção dos filhos e por conta disso lhes dão tudo o que podem e fazem tudo que querem (Madaleno, 2021, p.479)

Já no que se refere às decisões dos tribunais superiores, tomando-se como base a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se constatar que houve uma expressiva mudança no posicionamento sobre a necessidade ou não de consenso entre os pares parentais. A princípio, logo após a alteração legislativa que tornou obrigatória a aplicação do regime de guarda compartilhada, o referido tribunal recorrentemente reafirmava a desnecessidade de consenso entre os pares parentais para a aplicabilidade regime compartilhado, conforme consta no seguinte acórdão proferido no ano de 2016:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).

3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial.

4. Recurso especial conhecido e desprovido (Brasil, 2016).

Entretanto, com o passar dos anos, a realidade fática vinha demonstrando que a falta do consenso estava gerando distorções na aplicabilidade do plano de parentalidade, pois levou a uma confusão conceitual entre as modalidades de guarda alternada e guarda compartilhada, conforme explica a ministra Nancy Andrighi no seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA ALTERNADA. DISTINÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA DOS GENITORES EM CIDADES DIVERSAS. POSSIBILIDADE.

1- Recurso especial interposto em 22/7/2019 e concluso ao gabinete em 14/3/2021.

2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação da guarda compartilhada é obrigatória no sistema jurídico brasileiro; b) o fato de os genitores possuírem domicílio em cidades distintas representa óbice à fixação da guarda compartilhada; e c) a guarda compartilhada deve ser fixada mesmo quando inexistente acordo entre os genitores.

3- O termo "será" contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na

guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber:

- a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e
- b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar.

5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial.

6- A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada.

7- É admissível a fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos. 8- Recurso especial provido (Brasil, 2021).

Portanto, os acórdãos em comento externalizam 02 momentos distintos da nossa jurisprudência. Em 2016, sob a influência da recente alteração legislativa que tornou obrigatória a aplicação da guarda compartilhada mesmo não existindo acordo entre os genitores, havia o entendimento de que a discórdia entre os genitores seria extirpada através do plano de parentalidade minucioso que o judiciário deveria disciplinar. Contudo tal intento não foi atingido, pois a falta de diálogo entre os pares parentais gerou um conflito conceitual entre a guarda alternada e a guarda compartilhada conforme demonstra o acórdão de 2021 no qual a ministra relatora, sensível às distorções que vinham sendo registradas na aplicabilidade deste plano de parentalidade, fez a necessária distinção entre a guarda compartilhada e a guarda alternada ressaltando que o diálogo era imprescindível, pois, com o decorrer dos anos, a obrigatoriedade de impor a guarda compartilhada fez com que esta modalidade pudesse ser confundida com a guarda alternada. A delimitação minuciosa do tempo entre os pares parentais, sem levar em consideração o plano fático, leva a uma imposição de guarda alternada e não o compartilhamento dos deveres inerentes ao poder familiar, e ainda justifica que a fixação de residência em locais diversos não é óbice ao regime de guarda compartilhada que busca a continuidade do convívio paterno/materno filial independentemente do local físico de residência dos filhos.

Desta feita, constata-se que a obrigatoriedade da guarda compartilhada sempre permeia a questão do consenso dos genitores, nesse sentido, os professores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior compreendem que na realidade existe 02 planos de efetividade da guarda compartilhada, o plano jurídico e o plano fático que podem ser explicados da seguinte forma:

No plano jurídico, o consenso entre pai e mãe não precisa existir para admissão e decretação da guarda compartilhada. Assim porque nenhum dos pais pode negar ao outro o exercício regular do seu direito. Lembre-se de que guarda nada mais é que decorrência imediata da titularidade do poder familiar. Logo o poder familiar não tem por requisito o consenso parental, também a guarda o dispensa.

No plano fático, porém, é preciso reconhecer que um ambiente de discórdia e conflito entre os pais é realmente comprometedor da efetividade da guarda compartilhada, fadando-a a permanecer como situação teórico-jurídica sem correspondência concreta. A ausência de auxílio mútuo é um fator realmente capaz de prejudicar a realização dessa guarda e a preservação do interesse da criança e do adolescente (Almeida; Rodrigues Junior, 2023, p. 596).

A natureza dialógica da guarda compartilhada vem aos poucos sendo reafirmada no plano jurídico, pois com a alteração legislativa promovida pela lei nº 14.713 de 30 de outubro de 2023 (Brasil, 2023) que trouxe aos dispositivos do código civil a impossibilidade da concessão aos pais da guarda compartilhada em caso de violência doméstica ou familiar, ou seja, o plano fático de aplicabilidade da guarda compartilhada foi reafirmado juridicamente. O legislador ao reconhecer que um ambiente de beligerância ceifa qualquer possibilidade de partilha do convívio com filhos em comum reforçou a hermenêutica de que a guarda compartilhada para ser implementada deve levar em consideração o efetivo diálogo entre os pares parentais.

Insta rememorar que em nosso direito civil são previstas apenas 02 modalidades de Guarda: Unilateral e Compartilhada (Brasil, 2002, Livro IV, Título I, Subtítulo I, Capítulo XI, art.1.583), contudo, em ambas não existe qualquer diferença em relação aos direitos afetos ao poder familiar, nos seguintes termos:

Art. 1632 – A Separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos

Art.1634 – Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art.1584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município;
- VI – Nomear-lhes tutor por testamento ou outro documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representa-los judicial e extrajudicialmente até os 16(dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (Brasil, 2002, Livro IV, Título I, Subtítulo II, Capítulo I, Seção II).

Desta feita, nossa lei civil deixa uma margem que necessita ser esclarecida sobre o poder familiar e a determinação da modalidade de guarda dos filhos, visto que literalmente os artigos mencionados estabelecem essa inalterabilidade do poder familiar em qualquer situação de parentalidade. Assim, para compreender o caráter dialógico da guarda compartilhada é preciso fazer uma distinção entre o poder familiar, compreendido dentro do contexto civil constitucional como autoridade parental e a guarda compartilhada.

4.1 A autoridade parental e a guarda compartilhada

A autoridade parental é a nomenclatura mais apropriada para conceituar as prerrogativas e responsabilidades que a parentalidade possui na atual conjuntura do nosso direito de família, visto que existe alguns direito que os filhos possuem dentro do seio familiar que outrora não era contemplado pelo ordenamento nacional, a exemplo da novel visão de que os filhos são sujeitos de direitos que necessitam ser priorizado nas políticas públicas nacionais como forma de garantir a completude do seu desenvolvimento físico e mental.

A Compreensão da autoridade parental como uma relação complexa que irradia direitos e deveres aos pais, contudo não pode ser confundida com a “estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica das relações patrimoniais”, pois, “a interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais”.

O melhor interesse da criança e do adolescente é a diretriz que se deve perseguir na atuação da autoridade parental e traduz princípio constitucional extraído da interpretação conjunta do art.227 da Constituição Federal e do art.3.1 da Convenção sobre o direito da Criança. Isso significa dizer que, embora o melhor interesse deva ser investigado no caso concreto, tem-se

como núcleo essencial a preservação e o exercício dos direitos fundamentais dos filhos por meio da relação parental (Xavier; Colombo, 2021, p. 41).

Assim, hodiernamente, autoridade parental é a nomenclatura que melhor define os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos dentro das famílias, pois vai além das prerrogativas materiais que o léxico poder estabelece, tivemos ao longo do último século uma progressiva alteração dentro do direito das famílias, visto que o vocábulo pátrio poder remete à preponderância do patriarcalismo dentro das famílias e com as alterações sociais ocorridas no seio das famílias brasileiras, chegou-se ao poder familiar que consagra a autonomia das mulheres, mas ainda não está em consonância com o direito dos filhos se autodeterminar dentro deste núcleo fundamental de nossa sociedade.

[...] a autoridade parental atribui a ambos os pais a titularidade, o exercício, o poder e o dever de gerenciar a educação dos filhos, de modo a moldar-lhes a personalidade, a proporcionar-lhes um crescimento com liberdade e responsabilidade, sem falar no dever de zelo do seu patrimônio. O que importa é delimitar o significado do poder/dever dos genitores de participar na educação dos filhos, cuja a função é, evidentemente, proporcional ao melhor interesse. E tal binômio está desvinculado da circunstância de ter ou não o filho em sua companhia. Ele decorre tão somente da parentalidade (Teixeira, 2022, p. 434).

Nessa toada, a guarda compartilhada, em nosso ordenamento jurídico, foi idealizada como um instrumento para efetivar o convívio parental conjunto após o fim o enlace amoroso dos genitores. Entretanto sendo esta modalidade de convivência parental recente no direito pátrio, lei 11.698 de 13 de junho de 2008 (Brasil, 2008) e tendo como inspiração o direito comparado europeu, que trata a questão do poder familiar de forma diversa, a existência de desvios hermenêuticos na execução é notório.

Diferentemente do que ocorre na Itália e na França, quando os pais se separam, se divorciam ou têm seu casamento anulado ou declarado nulo no Brasil, continuam detentores da autoridade parental, conforme art.1632, CC. O Art. 1579 do mesmo diploma, em sentido similar ao dispositivo supracitado, estabelece que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Da mesma forma, o parágrafo único do art.1579, bem como os art.1588 e 1636, fazem expressa referência à relação parental, ao disporem que os genitores que contraírem novas núpcias não podem a titularidade do poder familiar (Teixeira, 2022, p. 432).

Porém ressalta-se que em terras tupiniquins a guarda compartilhada ou unilateral em nada altera o exercício da autoridade parental, contudo por ter como referencial o modelo de guarda compartilhada de países europeus, onde, via de

regra, o fim da relação conjugal interfere diretamente no exercício da autoridade parental. Deste fato surgem as confusões conceituais que exigem a necessária distinção entre o exercício da autoridade parental e da guarda compartilhada.

Devido ao fato do nosso ordenamento não prevê nenhuma alteração no exercício da autoridade parental com a estipulação judicial da guarda, seja unilateral ou compartilhada, estudiosos do direito de família, como a professora Ana Carolina Brochado Teixeira, entendem que “a guarda compartilhada não era necessária no Brasil, vez que sempre existiu a possibilidade – ao menos teórica – de efetivação de seus atributos pela autoridade parental” (Teixeira, 2022, p. 433).

Por isso a necessidade de colocar estas categorias jurídicas em distinção, pois o poder familiar, concebido como autoridade parental, repita-se, em nada se altera seja na guarda unilateral ou na guarda compartilhada. A principal diferença entre as modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro liga-se à forma de convivência que os filhos passarão a ter com os pais após a ruptura da conjugal, ou seja, se terão maior ou menor convívio com os pares parentais e como estes genitores estarão no dia a dia envolvidos nas deliberações sobre a formação destes sujeitos em desenvolvimento físico e mental incompleto.

Insta mencionar que a nossa previsão normativa sobre a modalidade de guarda compartilhada ainda tem levado à confusão entre esta modalidade de guarda e o exercício da autoridade parental, prevista normativamente como poder familiar:

Ademais, a remissão legal ao “poder familiar” na definição da guarda compartilhada, afirmando tratar-se da responsabilização conjunta e do exercício de direitos e deveres do pai e da mãe quanto ao poder familiar, estimula a recorrente confusão entre guarda compartilhada e autoridade parental, pois se poderia deduzir que fora do regime da guarda compartilhada não existe responsabilização conjunta e exercício dos direitos e deveres decorrentes da autoridade parental, o que insista-se à exaustão, não condiz com o próprio conceito de “poder parental”, *rectius*. de autoridade parental (Xavier; Colombo, 2021, p.45).

Assim, a previsão legal de guarda unilateral ou guarda compartilhada, teria uma melhor hermenêutica se estas modalidades de convívio se fossem denominadas como regime de convivência parental:

[...] a guarda que se refere o art. 1634 do Código Civil seja compreendida como convívio físico, eis que, independente de quem exerce a guarda – se o pai ou a mãe, ou mesmo um terceiro – a autoridade parental permanece íntegra, a menos que, por decisão judicial, morte do filho ou do pai ou pela adoção, ela seja destituída. Essa interpretação é compatível como o direito

fundamental à convivência familiar, garantindo às crianças e adolescentes, previsto no art.19 do ECA.

Tem-se, dessa forma, que a autoridade parental é exercida conjuntamente pelos pais, portanto, quando ambos estão aptos a exercê-la, ela é também compartilhada por força de lei, sendo possível, em caso de discordância, acionar o Poder Judiciário para dirimir a questão. A regulamentação da guarda, entendida como convívio familiar, impõe aos pais que decidam sobre a morada e o tempo de convivência do filho com relação a casa um, respeitando-se sempre o princípio do melhor interesse da criança (Xavier; Colombo, 2021, p.49).

Desta feita, a autoridade parental, normativamente prevista como poder familiar, não possui nenhuma diferenciação, quanto ao exercício de suas prerrogativas, seja na guarda unilateral ou na guarda compartilhada, contudo, o período de convivência com os filhos nesta ou naquela modalidade de guarda possui um grande descompasso pois na unilateral temos um convívio parental isolado e na guarda compartilhada percebe-se a tentativa da norma em estabelecer um convívio parental conjunto.

Nesse sentido, torna-se relevante analisar como poderia ser implementado o regime de convivência parental conjunto ou isolado como proposta de substituição ao vocábulo guarda compartilhada e guarda unilateral.

4.2 O regime de convivência parental: conjunto ou isolado

Em princípio cabe reafirmar que, de acordo com a legislação civil vigente, o poder familiar, que deveria ter sua atualização para autoridade parental, em nada se altera com a fixação do regime de guarda unilateral ou compartilhada, o que diferencia estas modalidades de guarda é, na realidade, o regime de convivência parental.

O regime de convivência parental é a forma com que os pares parentais estarão em convívio com os filhos, se estarão em sintonia nas determinações e orientações a serem efetivadas no decorrer do exercício da autoridade parental ou se estarão a exercendo isoladamente.

Nesse sentido, cabe aos aplicadores do direito definir qual dos regimes de convivência frente a realidade concreta da família se adequa para garantir aos filhos o direito de conviver com ambos os pais. Assim, o regime de convivência parental seria discriminado em 02 modalidades: conjunto ou isolado.

Estas modalidades de convivência teriam como fundamento a possibilidade de diálogo entre os pares parentais. Ou seja, havendo diálogo entre os pares parentais, independente da relação amorosa dentre ambos, seria estabelecido o regime de convivência conjunto. Entretanto não existindo uma comunicação efetiva entre os pares parentais, seria estabelecido o regime de convivência isolado.

Dessarte, a alteração da nomenclatura de guarda para convivência parental, deixaria de uma vez por todas os resquícios de coisificação dos filhos, gerando, conseqüentemente, a uma compreensão mais precisa dos elementos diferenciadores entre a guarda e o poder familiar, caracterizadores tanto do regime de convivência quanto da autoridade parental, hoje tipificados na legislação como regime de guarda e poder familiar, respectivamente.

Enquanto não há alteração na nomenclatura das modalidades de convívio parental, no que se refere à aplicabilidade da guarda compartilhada, torna-se mister trazer à baila o plano de efetividade fático proposto pelos professores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior (2023, p. 596), supramencionado, ou seja, no plano de efetividade fático a presença de diálogo entre os pares parentais é imprescindível, caracterizando a natureza dialógica necessária da guarda compartilhada, conforme será explanado a seguir.

4.3 A imprescindibilidade do diálogo para a efetividade fática da guarda compartilhada

A efetividade fática da guarda compartilhada é a concretização desta modalidade de guarda parental que cumprirá com os anseios do convívio parental requerido pela legislação brasileira, ou seja, a guarda compartilhada como regra após o rompimento das relações afetivas dos pares parentais somente poderá ser concretizada se houver entre os ex cônjuges um diálogo efetivo para que possam conjuntamente exercer as prerrogativas do poder familiar. Haja vista que a falta de diálogo, isto é, o não reconhecimento da natureza dialógica da guarda compartilhada leva à distorção na aplicabilidade desta modalidade de exercício da autoridade parental, pois leva ao pernicioso regime de convivência isolado com alternância e não o regime de convivência conjunto que é o que se propõe a guarda compartilhada.

A escritora Teresinha de Fatima Marques Vale, em sua obra (2018) narra um exemplo de guarda compartilhada concedida sem a presença do diálogo nos seguintes termos:

Como exemplo de guarda compartilhada judicialmente decretada, sem que houvesse o mínimo de diálogo entre os pais e que foi maléfica aos filhos, narra-se o caso de uma senhora que procurou um escritório de advocacia, externando muito desespero, alegando não saber mais como administrar os conflitos decorrentes do mau relacionamento com o ex-marido, pai de seis filhos menores – um de 5, outro de 9 anos -, e que, apesar da separação conjugal ter ocorrido há mais de 02 (dois) anos, os problemas aumentavam a cada dia.

Disse que, no divórcio litigioso, restou consignado que a guarda seria compartilhada, nos seguintes moldes: a guarda física das crianças ficaria com a genitora e as visitas paternas seriam livres, desde que não houvesse prejuízo aos menores; a mãe levaria os filhos todos os dias à escola, cabendo ao pai, busca-los; a responsabilidade pela frequência dos filhos nas aulas de futebol de salão seria do genitor e, nas aulas de inglês, da genitora; fins de semana alternados; nas férias, metade com o pai, metade com a mãe; feriados, festas de fim de ano e outras ocasiões especiais seriam previamente acordadas entre os pais.

A senhora relatou que, logo nos primeiros dias após a homologação do divórcio, iniciaram-se os problemas, pois não havia qualquer possibilidade de diálogo, e que suas atitudes para com os filhos eram sempre questionadas e censuradas pelo ex-marido. Reclamou que estava perdendo a autoridade com os filhos, já que o pai não lhes dava limites, tampouco impunha simples regras, como por exemplo o cumprimento das tarefas escolares, dos horários para dormir ou para se alimentar, deixando-os inteiramente à vontade, adotando uma verdadeira atitude de desconstrução de tudo o que a mãe ensinava.

As reclamações da senhora ao ex-marido eram rebatidas com desdém e este, como forma de justificar suas atitudes alegava que a guarda era compartilhada, e, assim sendo, tinha os mesmos direitos quanto a condução da criação e educação dos filhos. O ex-marido passou dos limites, obrigando-a a buscar novamente a tutela jurisdicional, quando começou a orientar os filhos a se recusarem a frequentar a igreja com a mãe, sob o argumento de que eles poderiam escolher a própria religião quando adulto fossem.

Ao serem ouvidos pelo serviço psicossocial forense, os filhos deixaram claro que estavam confusos e inseguros quanto a quem deveriam obedecer, já que os ensinamentos e orientações dos pais eram muito diferentes, ocasião em que foi constatada a acentuada perturbação psicológica nos menores, o que já estava comprometendo o rendimento escolar e as relações afetivas com os pais, com os demais parentes e com os amigos.

Tal caso demonstra, claramente, que os conflitos frequentes e cada vez mais intensos entre os pais refletem negativamente nos filhos, de modo a inviabilizar o exercício conjunto da guarda (Vale, 2018, p. 66-67).

Portanto, a guarda compartilhada determinada de forma exógena pelo estado-juiz, ou seja, sem a observância do necessário diálogo entre os pares parentais faz com que esta modalidade de guarda parental não atinja a sua finalidade, qual seja, proporcionar o convívio parental dos filhos com ambos os pais. Aplicada sem a observância do diálogo leva à sua distorção que causa prejuízos semelhantes ao que é visualizado no regime de guarda alternada, isto é, dubiedade de lares e

direcionamento educacional. Portanto, na guarda compartilhada a natureza dialógica é condição *sine qua nom* para que esta modalidade de convívio parental atinja seus fins, em outras palavras, é imprescindível a existência do efetivo diálogo entre os pares parentais para a concretude real da guarda compartilhada.

Ressalta-se que, seguindo a determinação normativa da lei civil: “ quando não houver acordo entre a mãe e o pai, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar será aplicada a guarda compartilhada(…)” (Brasil, 2002, Livro IV, Título I, Subtítulo I, Capítulo XI, art.1584, inc.II, § 2º), a decisão judicial que determinar a guarda compartilhada, tal como em outras ações decorrentes dos direitos oriundos da autoridade parental, dificilmente conseguira, por ser uma decisão externa às vontades das partes, sanar as dificuldades que se referem a esfera de direito íntimo entre as partes envolvidas (Cesar-Ferreira, 2017).

Nesta perspectiva, a realização fática da guarda compartilhada requer que o conflito entre os pares parentais seja tratado de maneira adequada, ou seja, não apenas com a imputação de uma decisão judicial exógena. Logo, torna-se oportuno discorrer sobre a utilização dos meios adequados de solução de conflitos nas celeumas que envolvem o convívio parental com fins de alcançar a efetividade fática da guarda compartilhada.

5 A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ADEQUADOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS PARA A EFETIVIDADE FÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA

O rompimento do enlace amoroso dos pares parentais, seja pelo divórcio ou pela dissolução da união estável, traz em seu bojo uma série de fatores que perpassam do papel de mãe e pai que os ex consortes assumem, comumente outras esferas da vida dos genitores são atingidas, como a esfera patrimonial, e restam sequelas de diversas origens, logo as mágoas remanescentes ou conflitos mal resolvidos ficam como resultado do processo de dissolução, com isso a determinação do compartilhamento da guarda, que deveria ser um processo natural pois ambos os pares parentais estão em efetivo exercício do poder familiar, torna-se dificultoso.

A dificuldade em separar o exercício da conjugalidade da parentalidade do ex-casal, seja por apenas um deles, torna-se hoje o principal obstáculo para o exercício da coresponsabilidade parental, e acaba por impedir a efetiva participação de ambos os pais no processo de educação e na formação dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal (Multedo, 2022, p. 84).

Reafirma-se que dentre as duas modalidades de guarda previstas na legislação civil brasileira, a compartilhada demonstra ser a que melhor consagra o direito dos filhos ao convívio com ambos os pares parentais após o processo de divórcio. Mas esta forma de convívio parental somente pode ser factualmente efetivada, conforme já demonstrado, se as dificuldades externas da parentalidade forem superadas e, em consequência, (re) estabelecido o necessário diálogo entre os entre parentais, pois é preciso um liame mínimo de comunicação efetiva para o bom desenvolvimento físico e mental dos filhos decorrentes da relação finda.

[...] é temerário desvincular a prática da guarda conjunta do diálogo, da disposição dos pais em manterem um elo cordial e respeitoso, da consideração de um com os direitos do outro, o que só será possível se superadas todas as experiências e respectivas lembranças dolorosas e negativas do relacionamento afetivo que viveram. Este comportamento não significa, absolutamente, intimidade ou afeto, mas progresso e felicidade dos filhos (Vale, 2018, p. 65).

Dentro do processo judicial, além da inefetividade fática da guarda compartilhada estabelecida sem o efetivo diálogo entre os pares parentais, ainda pode-se constatar que outras ações decorrentes dos direitos oriundos da autoridade parental, como regulamentação de visitas e modificação de guarda são modalidades

de conflitos que o juiz de família dificilmente, com uma decisão externa às vontades das partes envolvidas no litígio, poderá sanar as dificuldades.

Juízes de família tendem a ajudar as partes a chegar a acordo e encerrar a pendência. A experiência parece mostrar-lhes que as decisões judiciais não são eficazes na área de família, e a maioria aceita que não é fácil decidir sobre questões íntimas alheias, denotando sensibilidade com relação ao sofrimento dos semelhantes. Além disso, é justo que se reconheça que ainda que os advogados façam todo o empenho para uma separação consensual entre seus clientes, isso nem sempre garante uma convivência, no mínimo, sensata, entre os separados, os quais precisam de equilíbrio para a continuidade do seu relacionamento como pais (Cesar-Ferreira, 2017, p.118).

E ainda, corroborando com esse entendimento, a professora Renata Vilela Multedo discorre em sua obra o seguinte raciocínio:

Proporcional a uma crescente judicialização dos conflitos familiares está a insatisfação com as pretendidas soluções. A busca pela melhor solução do caso concreto à luz do diálogo e das recíprocas concessões, ao invés da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juiz, mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. Ao contrário da lógica ganhar e perder, ínsita aos processos judiciais, os métodos consensuais de solução de conflitos buscam que as partes identifiquem por si mesma as opções de benefício mútuo (Multedo, 2022, p. 99).

A mudança da lógica ganhador-perdedor para a busca da harmonização dos anseios de ambos os envolvidos na demanda íntima do direito de família, denota uma necessidade de construir uma decisão de forma colaborativa. Essa decisão colaborativa é alcançada com a utilização de métodos consensuais de tratamento das demandas, o que modernamente passou a ser denominado de métodos adequados de tratamento dos conflitos.

No que se refere a determinação judicial da guarda compartilhada, conforme já mencionado, no plano fático, a efetividade da medida depende de um mínimo diálogo entre os pares parentais. Isto posto, a retomada do diálogo entre os ex cônjuges poderá ser atingida através da utilização dos métodos consensuais de tratamento das lides, em especial a utilização da mediação familiar, das práticas restaurativas ou ainda, da advocacia colaborativa, que serão objeto de estudo nos tópicos a seguir.

Entretanto, preliminarmente torna-se mister fazer uma contextualização dos meios adequados de tratamento dos conflitos dentro do ordenamento brasileiro para em seguida discorrer, especificamente, sobre a mediação familiar, as práticas

restaurativas e a advocacia colaborativa como métodos de tratamento dos conflitos que poderão levar ao efetivo diálogo entre os pares parentais, realizando, dessa forma, o que a modalidade de guarda compartilhada se propõe, isto é, que os filhos possam ter um convívio com ambos os pais, após o fim do enlace amoroso, de forma harmoniosa, garantido, dessa forma, o desenvolvimento físico e mental sadio.

5.1 Os meios adequados de tratamento de conflitos no Brasil

A incorporação pelo Estado brasileiro de outros métodos de resolução de conflitos sociais teve como inspiração o direito comparado, em especial o direito norte-americano, apesar de nossa tradição legislativa ser do direito latino europeu, baseada no *civil law*.

Sem negar a evolução histórica e a tradição da *civil law* no direito brasileiro, deve-se ao direito norte-americano o fato de emprestar aos diferentes meios de solução o rótulo de *alternativos*. Também coube a ele o tratamento dos meios alternativos sob a forma de um gênero, congregando várias espécies, e popularizar a expressão *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), fruto do que se convencionou chamar *ADR movement*. Em geral, identifica-se uma linha que reconhece o *ADR movement* como fruto dos movimentos sociais que realçam a vida em comunidade e a afirmação dos direitos civis. Uma vez que existem outras instituições como a família e a igreja que atuam na vida social, o *ADR movement* pôs em destaque aquilo que é até mesmo intuitivo: a resolução das controvérsias pode ser obtida fora do ambiente do Poder Judiciário e muitas vezes não depende dele (Lorencine, 2021, p. 46).

Os meios adequados de tratamento do conflito fez-se necessário não apenas para garantir amplo acesso à justiça para todos os cidadãos, mas, e principalmente, para assegurar que esse acesso se dê de forma eficiente, proporcionando uma experiência que contemple o melhor tratamento das contendas de forma a propiciar uma harmonização social, com a conseqüente disseminação da cultura de paz e diminuição da judicialização, visto que este modelo de tratamento de controvérsias não tem garantido uma tutela jurídica efetiva dentro de um tempo razoável, pois temos um congestionamento de demandas que gera o aumento da morosidade, um dos fatores da insatisfação quando do encerramento das ações nas varas judiciais Brasil afora.

Nas últimas quatro décadas, todavia, a hegemonia do método estatal tradicional tem sido gradativamente questionada: o processo judicial é sempre o método mais adequado para se produzir justiça? A jurisdição estatal é a única competente para tanto? Poderia a própria sociedade promover, de forma autônoma e difusa, soluções para as disputas de

interesse mais justas do que a provinda do Estado? Determinadas disputas seriam resolvidas com mais justiça mediante outros tipos de mecanismos? Deve a sociedade ter seus próprios mecanismos de solução as disputas? (Silva, 2021, p.14).

Embora alguns desses métodos já existam há algum tempo no Brasil, a adoção do modelo multiportas de acesso à justiça pelo ordenamento processualista brasileiro representou uma significativa mudança de paradigma de resolução de conflitos, vez que incorporou a conciliação e mediação dentro do processo judicial, (Brasil, 2015a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo V) validando a sua aplicação na fase litigiosa jurisdicional. Dessa forma, a doutrina alterou a sua nomenclatura, o que antes era conhecido como práticas alternativas passa a ser denominado agora como métodos adequados de resolução de conflitos, ratificando o entendimento que, para cada situação conflituosa há um método adequado de abordagem dentro do sistema multiportas a fim de assegurar uma resolução efetiva à controvérsia.

[...] O *Sistema Multiportas* é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem a sua disposição para tentar solucionar o conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado. Ele será mais ou menos amplo em razão de diferentes características do conflito (Lorencini, 2021, p. 44).

Insta mencionar que o conflito é algo natural em qualquer convívio social, podendo inclusive ser considerado uma mola impulsora do desenvolvimento das sociedades.

O conflito é fruto das relações interpessoais, considerado como um fenômeno natural, proveniente de fatos e condutas. É impossível a existência de uma relação humana sem a ocorrência de conflito. Em seus ensinamentos, Aristóteles afirmava que o homem é um animal social, dotado de personalidade própria e características únicas, no qual encontrará em sociedade aspectos divergentes de suas crenças e opiniões (Gontijo; Pacheco, 2021, p. 48).

Neste sentido, a forma como é compreendido o conflito é que vai determinar como ele será resolvido. Na sociedade brasileira, em sua grande maioria, o conflito é concebido como algo negativo, rivalizado e polarizado, ou seja, existe a idealização ao final restará um vencedor e um vencido, e desta forma a elaboração de uma composição das divergências torna-se algo quase que inatingível.

[...] conflito é um fenômeno inevitável e natural na vida em sociedade. Deve ser analisado como uma forma de aprimoramento das relações e

crescimento humano, porém é tido como algo negativo, com base no paradigma de vencedor-perdedor, em que não é permitido que as partes se coloquem no lugar umas das outras e procurem alternativas de maneira cooperativa, pois se encontram diante de uma disputa alimentada por sentimentos como raiva e rancor. Logo, “em várias culturas, quando surge um conflito, instala-se uma aversão a cooperação, e os envolvidos no litígio começam a se ver como inimigos (Pinho; Miranda, 2021, p.118).

Contudo, uma vez instaurado o conflito é necessário retornar a harmonização social até mesmo como forma de realização do Estado Democrático de direito, atendendo aos ditames da cidadania e da dignidade humana. Para isso, cabe fazer uma diferenciação das duas principais formas de pacificação social: autocomposição e heterocomposição.

Dentre as formas autocompositivas diferenciam-se em autotutela, mediação e conciliação. A autotutela dentro do ordenamento jurídico brasileiro é admitida apenas em casos excepcionais, como no caso de esbulho possessório e legítima defesa. Já a Mediação e a Conciliação são instrumentos utilizados inclusive dentro do próprio processo de conhecimento que se desenvolve sob a tutela do Estado, cabendo nesse ponto diferenciar os institutos.

A mediação é a forma de autocomposição dos conflitos na qual um terceiro imparcial vai conduzir as partes anteriormente conhecidas e com laços relacionais anteriores a eivarem esforços para que consigam atingir um consenso que satisfaça razoavelmente ambos os conflitantes. Já na conciliação, surge a figura do conciliador que é um terceiro que vai intervir sugerindo formas de tratamento adequado do conflito. A mediação e a conciliação estão previstas no processo civil brasileiro como etapa preliminar do processo de conhecimento, consagrando, dessa forma, os princípios constitucionais da autonomia das partes, da cidadania ativa e da democracia participativa (Brasil, 2015^a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo V).

Já em relação às formas heterocompositivas de tratamento dos conflitos temos a tutela jurisdicional ordinária, na qual o juiz é quem determina como será decidida a lide, e a arbitragem, método extrajudicial, na qual um árbitro, estranho ao conflito e escolhido pelas partes, determinará como o referido conflito deverá ser solucionado. Como resquício da época colonial, herança do sistema indo-europeu de organização estatal, foi imposto o sistema jurídico que delega ao Estado a tutela exclusiva de resolução das controvérsias, logo para que tanto os operadores do direito quanto os ditos cidadãos brasileiros coloquem em prática as demais formas de resolução dos conflitos demanda uma reconstrução cultural, comprometimento e tempo, num

verdadeiro processo de decolonialidade das relações sociais, haja vista a urgência na mudança desta visão monocular do conflito.

O nosso sistema jurídico – filiado à tradição da *civil law* – rege-se, preponderantemente, pelo normativismo e foi, ao pretender construir um código de processo civil, como único e exclusivo sistema para resolver a totalidade dos conflitos de interesse. Mostra-se, hodiernamente, superado no tempo [...] (Morais; Silveira, 2018, p. 71).

Insta mencionar que a resolução consensual e comunitária das disputas é mais antiga do que a resolução judicial, pois somente com o surgimento do Estado nacional, e em nosso caso é bem mais recente, conta da independência do Brasil ter pouco mais de trezentos anos.

Na verdade, a resolução consensual e comunitária das disputas é historicamente mais antiga do que o processo judicial conduzido pelo Estado. Mecanismos privados e informais de justiça já eram praticados quando o Estado e a jurisdição oficial ainda ganhavam corpo. É razoável supor, inclusive, que nunca deixaram de ser praticados e sempre estiveram em desenvolvimento no tecido social (Silva, 2021, p.15).

Dentro dessa perspectiva, torna-se de suma importância que os brasileiros e, em especial os operadores do direito, utilizem o sistema multiportas de acesso à justiça em sua plenitude, já que o poder judiciário enquanto órgão exclusivo de resolução de conflitos vem demonstrando, há muitas décadas, sua ineficiência, pois para além dos altos custos e morosidade processuais, as lides que chegam às suas portas tendem sempre a se polarizar entre vencedor e vencido, ou seja, sempre algum dos envolvidos sairá como perdedor e o outro como ganhador, situação que impede o devido tratamento do conflito, uma vez que não há compromisso com a harmonização entre as partes, sendo aplicada puramente a norma legal, perpetuando assim o descontentamento das partes envolvidas, ou seja, é comum que a parte dita vencedora não sai satisfeita do processo e, conseqüentemente, a parte vencida sintase injustiçada. Portanto o tratamento adequado do conflito depende da interação entre as partes e não de uma decisão pautada em normas externa aos envolvidos na celeuma.

[...] a solução do conflito provém não da intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que dita a sentença, mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades, entre outros, que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada, apenas mediada pela figura de um terceiro, cujo o papel é o de facilitar os intercâmbios e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, de

cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou o que é definida pelo árbitro, a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem (Morais; Silveira, 2018, p. 92).

A legislação processual civil brasileira elegeu como forma adequada de resolução de conflitos em primeira face a Mediação ou a Conciliação, pois são mecanismos de realização ordinária antes da apreciação judicial da controvérsia, salvo quando houver manifestação das partes em contrário, (Brasil, 2015a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo V, art.334, § 5º).

Dessa forma, a conciliação e a mediação representam dois meios de tratamento adequado dos conflitos que estão normatizados no ordenamento jurídico brasileiro e que objetivam o restabelecimento das relações sociais e a busca pela harmonia social, concretizando a universalização do acesso à justiça e a realização da democracia participativa dentro do Estado Democrático de Direito.

Para realizar o Estado Democrático de Direito, é necessário que sejam construídos métodos que permitam o aprendizado, participação e utilização de meios consensuais e democráticos para a resolução dos conflitos, tornando o sistema judicial uma alternativa de segunda instância, priorizando como principal meio para resolução das contendas, o diálogo cooperativo (Pinho; Miranda, 2021, p.119).

É oportuno observar que a mediação, particularmente, é a opção inserida na legislação nacional que permite às partes a efetivação de um diálogo e, assim, chegarem juntas a um consenso. Isto é, o seu papel é instrumentalizar o caminho para a pacificação social, objetivando resolver os conflitos da sociedade através do diálogo das partes para que cheguem a um consenso através de suas próprias decisões, proporcionando que os acordos celebrados se tornem mais sólidos, não deixando a cargo de um terceiro impor uma decisão que possa vir em benefício de um e em prejuízo de outro, não havendo dentro dessa conjectura, perdedor. Tal arranjo traz resultados mais benéficos a todos envolvidos, vez que a demanda é resolvida de forma mais célere, consensual, econômica e confiável, pois são as próprias partes que escolhem o procedimento que irá lhes ajudar, e sobretudo a solução do litígio, reafirmando sua autonomia e responsabilidade.

No que tange aos conflitos familiares, conforme já mencionado, com o fim da conjugalidade entre os pares parentais existem contendas de diversas origens, como o patrimonial, o afetivo e o parental. Consequentemente, não sendo tratado adequadamente tais conflitos, no momento em que vai ser estabelecido a nova

forma de convívio parental com os filhos, frutos da relação rompida, os diversos conflitos existentes entre os ex pares afetivos interferem na forma de exercício da parentalidade com os filhos.

Nesse sentido, com fins a minimizar os reflexos dos conflitos interpessoais dos pais na relação com os filhos, a utilização dos meios adequados de tratamento do conflito pode contribuir para o sucesso do convívio paterno filial pós conjugalidade. Em âmbito jurisdicional, a mediação familiar, já está tipificada no direito processual civil brasileiro (Brasil, 2015a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo V, art.334), pode contribuir para a diminuição dos atritos. Contudo a utilização de outros mecanismos extrajudiciais para o tratamento adequado dos conflitos oriundos do rompimento do enlace amoroso, como as práticas restaurativas e a advocacia colaborativa, podem ter maior efetividade na reaproximação dos ex pares afetivos que permanecerão exercendo a parentalidade em comum com relação aos filhos, portanto, necessitarão ter um mínimo de comunicação efetiva para que seja alcançado o desenvolvimento sadio destes sujeitos em desenvolvimento.

Dessa forma, tornar-se oportuno analisar estas 03 formas de tratamento adequado do conflito familiar que podem contribuir para a realização de um convívio parental compartilhado que terá como resultado a efetivação do direito dos filhos em obter o convívio com ambos os pares parentais num ambiente de harmonia e não guerra velada entre os 02 pares parentais separados.

A promoção de métodos não adversariais de resolução de conflitos, como a mediação, os círculos restaurativos e a própria advocacia colaborativa, são eficientes para o resgate da relação e a real implicação e responsabilização das partes envolvidas, visto que, com o uso de tais táticas, resgata-se o protagonismo e a responsabilização das partes no conflito no qual estão inseridas, transformando-as de meros expectadores do litígio conduzido pelos advogados e pelo magistrado, a atores essenciais, protagonistas e autores no processo de construção do consenso (Multedo, 2022, p. 97).

Portanto, a análise de cada um dos três meios não adversariais de tratamentos dos conflitos originários da pós conjugalidade devem realizada para a melhor compreensão de como as mágoas e os diversos conflitos originários no relacionamento afetivo podem ser afastados no exercício da parentalidade conjunta, visto ser esta a melhor alternativa para que os filhos em comum possam obter o eu direito fundamenta de convívio com ambos pares parentais, o que é essencial no seu desenvolvimento pleno.

Em primeira face será analisada a mediação familiar, pois é o meio adequado tipificado em nossa legislação processual civil (Brasil, 2015a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo X, art. 694). Em seguida será explicado como as práticas Restaurativas circulares podem ser concretizadas no ramo do direito de família, tendo em vista que tais práticas é comumente executada na área criminal e de ato infracional, não obstante possa ser uma excelente ferramenta de retomada da harmonia familiar, pois, repisa-se, mesmo separados conjugalmente os ex pares parentais continuarão sendo família para os filhos, e com ressentimentos não tratado entre estes ex consortes, não conseguirão suprir as diferenças sem um momento de restauração dos vínculos paterno-filiais.

Por derradeiro será contextualizada as práticas da advocacia colaborativa, que tem como inspiração os acordos firmados no direito norte-americano e caracteriza-se por ser ações dos operadores do direito, em especial dos advogados de família de ambos os pares parentais, que deverão cooperar para a realização do acordo familiar harmônico e extrajudicial.

5.2 A mediação familiar

Dentre os meios adequados de solução dos conflitos, a mediação, especificamente a mediação familiar, é a forma de tratamento que está incorporada na legislação brasileira como preambular nas ações de família (Brasil, 2015a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo X, art.694). Insta ressaltar que esta forma de gerenciar o conflito familiar, no Brasil, não foi inaugurado pela legislação, mas, peculiarmente, por uma política judiciária proposta pelo Conselho Nacional de Justiça (Conselho Nacional de Justiça, 2010).

A mediação, diferentemente de outras reformas processuais, não foi instituída por lei, mas por política judiciária administrativa. O conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de cúpula da gestão do judiciário brasileiro, incluiu o apoio à conciliação como pauta prioritária e, em 2010, firmou as bases para uma política nacional de resolução de conflitos, centrada na integração entre os mecanismos formais e decisoriais e os mecanismos baseados no consenso (Silva, 2021, p.22).

Com isso, diferentemente da inspiração que tivemos do direito americano, aqui a mediação surgiu por incentivos normativos e não por anseios da sociedade.

A mediação no Brasil parece ter florescido mais pelos incentivos normativos estatais do que pela vivência com práticas comunitárias de resolução consensual dos conflitos. Os órgãos de cúpula da Justiça brasileira, como o Conselho Nacional de Justiça (v.g. Resolução 125, supra) e o Supremo Tribunal Federal, assumiram a promoção da chamada “justiça consensual” entre as suas políticas prioritárias. E a legislação mais recente, o CPC e a Lei de Mediação, oferece um desenho que também aponta no sentido da complementaridade entre os métodos (Silva, 2021, p.28).

Ressalta-se que a mediação, antes da sua regulamentação tanto pelo Código de Processo Civil (Brasil, 2015a) como pela Lei de Mediação (Brasil, 2015b), comumente era confundida com a conciliação, deixando as diferenciações destes meios de tratamento adequado dos conflitos era tênue. Todavia, a aprovação e incorporação destas ferramentas dentro das atividades jurisdicionais do estado, restou sanada uma parte desta confusão conceitual, conforme se constata nos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil:

Art.165 [...]

§2º - O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem

§3º - O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (Brasil, 2015a).

Assim, cabe esclarecer que a conciliação surgiu como um meio de pacificação de conflitos no qual os conflitantes procuram sanar as divergências com a ajuda do conciliador que deve ser um terceiro imparcial, que aproxima as partes promovendo negociações, sugerindo e formulando propostas, apontando vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito, por meio de um acordo.

Ressalta-se que o conciliador pode, de fato, sugerir propostas. Porém, o conciliador compromissado e capacitado está apto a respeitar as partes e auxiliá-las, conduzindo um diálogo de qualidade, a ponto de que os próprios envolvidos sejam capazes de elaborar possibilidades de solução (Brito, 2020, posição 198).

Desta feita, é exatamente na característica de sugerir e formular propostas que a conciliação se distingue da mediação, na medida em que na primeira o terceiro interventor tem função mais ativa e prepositiva, podendo, inclusive, indicar possíveis caminhos para pacificar o conflito, o que diversamente não cabe ao

mediador. Ou seja, o liame diferenciador entre conciliação e mediação é a existência de vínculo anterior entre as partes e a sugestão ou não de solução para a demanda.

Estabelecida a diferenciação entre os institutos, cabe ressaltar que o conflito originário das relações familiares quando tratado de forma autocompositiva pelo meio adequado da mediação, mais especificamente por meio da mediação familiar, objetiva o reestabelecimento do diálogo para que possa dar continuidade às funções parentais após o deslinde conjugal.

A mediação familiar é usada, basicamente, para ajudar casais em vias de separação, a chegarem a um acordo mutuamente aceitável. Todos os membros da família devem ser levados em consideração - Crianças, adolescentes, avós e, ainda, padrastos e madrastas. A mediação ajuda os membros da família tanto nos momentos de crise quanto nos momentos de transição, melhorando a comunicação entre eles e fazendo com que os acordos sejam estabelecidos e as relações mantidas entre pais e filhos. (Parkinson, 2016, p. 39).

Reafirma-se que a relação entre pais e filhos permanece após o fim da relação amorosa dos genitores, entretanto, conforme já pontuado, os conflitos originários desta família rompida são de diversas ordens e se pode afirmar que diante das demais lides existentes, a familiar é a que possui a peculiaridade de versar sobre direitos que se liga diretamente na formação dos futuros cidadãos brasileiros, assim em vez de buscar uma decisão imposta por um juiz apontando o certo e o errado, será mais coerente as próprias partes procurarem meios de encontrar uma solução a contenda, externando o pleno exercício da autonomia privada.

Nesse sentido a legislação processual civil, quando trata de matéria afeta ao direito de família, determina, preliminarmente, o encaminhamento do processo para a solução pela via autocompositiva nos seguintes termos:

Art.694 – Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação ou conciliação.

Parágrafo único – a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submeterem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (Brasil, 2015a, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo X, grifo nosso).

Portanto, a legislação processual civil determina que, exercendo a plena autonomia privada, poderão ser efetivados diversos meios consensuais de solução

destes conflitos, cabendo a escolha do método autocompositivo que melhor convier às partes, restando à atividade jurisdicional a sua aplicação de forma residual, ou seja, quando não foi realizada a composição consensual.

Insta mencionar que a lei disciplinadora da mediação como meio de autocompositivo de solução das controvérsias, a lei de Mediação - Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, conceitua este meio adequado de solução de conflitos da seguinte forma:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição dos conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único – considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (Brasil, 2015b, grifo nosso).

O legislador, com fins de reafirmar a política judiciária inaugurada pelo CNJ, estabeleceu logo no 2º artigo os princípios norteadores da mediação:

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

- I- Imparcialidade do mediador
- II- Isonomia das partes
- III- Oralidade
- IV- Informalidade
- V- Autonomia da vontade das partes
- VI- Busca do consenso
- VII- Confidencialidade
- VIII- Boa Fé (Brasil, 2015b, grifo nosso)

Ainda dentro da norma, existe a diferenciação de duas modalidades de mediação que poderão ser efetivadas validamente no Brasil: a mediação judicial e a mediação extrajudicial, deixando bem delimitada a diferenciação da mediação e da arbitragem, pois na década de 90 tinha-se uma certa dificuldade em diferenciar a mediação extrajudicial da arbitragem. (Braga Neto, 2021, p.163).

Em ambas formas de mediação os princípios norteadores deverão ser observados sob pena de desvirtuar este meio consensual de resolução de conflitos. Por isso se torna mister a compreensão de cada um destes 08 princípios norteadores da mediação e, em ato contínuo traçar algumas linhas delimitadoras das diferenças legais entre a mediação judicial e a mediação extrajudicial.

O princípio da imparcialidade do mediador relaciona-se aos mesmos impedimentos e suspeições que possui o magistrado no exercício da condução judicial das lides, o próprio Código de processo civil determinou a aplicação destes

dispositivos aos auxiliares de justiça, estando dentro do rol de auxiliares os conciliadores e mediadores (Brasil, 2015a, Parte Geral, Livro III, Título IV, Capítulo I, artigo 148, II e Capítulo III, artigo 149 caput) e a lei de mediação em seu art. 5 estabeleceu taxativamente esta equiparação nos seguintes termos: aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição (Brasil, 2015b, artigo 5º caput). Dessa forma, cabe trazer os termos legais do Código de Processo Civil que dispõe sobre os impedimentos e suspeições do juiz:

Art. 144 Há impedimento do juiz, sendo-lhes vedado exercer suas funções no processo:

I – Em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do ministério público ou prestou depoimento como testemunha;

II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive;

IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII – em que figure como parte cliente de escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório.

[...]

Art. 145 – Há suspeição do juiz:

I – Amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa, antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes (Brasil, 2015a, Parte Geral, Livro I, Título IV, Capítulo II grifo nosso).

Corroborando com este entendimento, o mediador e professor Adolfo Braga Neto (2021, p.167) dispõe:

A propósito dos terceiros imparciais e independentes, importante ressaltar que o mediador, seja extra ou judicial, está equiparado ao juiz nos casos de suspeição, conforme estabelece o art 5º, e na mesma forma é equiparado ao servidor público para efeito da legislação penal, na conformidade com o art.

6º, sendo incluído nesse aspecto seus eventuais assessores que participem do procedimento com ele.

Sobre o princípio da isonomia das partes cabe fazer a distinção entre a mediação judicial e a mediação extra judicial, pois na mediação promovida pelo poder judiciário existe a necessidade da presença de advogado para ambos os medianos (Brasil, 2015b, art.26) já na mediação extrajudicial tal exigência não é prevista na norma, contudo se uma das partes estiver com advogado a outra deverá possuir para garantir a realização do princípio (Brasil, 2015b, artigo 10, parágrafo único).

No que se refere à assistência por advogados ou defensores, alguns estudiosos da temática são contrários, pois o processo de mediação por se um meio autocompositivo de resolução das demandas não comporta a atividade do defensor dentro das sessões de mediação, pois os próprios mediandos deverão falar por si e não ter a interlocução de um patrono.

Tecnicamente falando, seria recomendável, do ponto de vista comunicacional sistêmico, que advogados ou defensores públicos concordassem em não participar presencialmente em casos de família, podendo fazê-lo sempre que o solicitassem ou fossem chamados pelo mediador ou pelas partes. Isto porque a presença de terceiros, ainda que não se manifestem, tende a alterar a dinâmica da relação e um mediador experiente terá mais facilidade de facilitar o diálogo, se apenas na companhia dos dissidentes (Cesar-ferreira, 2017, p.134-135).

Seguindo a análise principiológica e de acordo com a organização legal, oralidade é o terceiro princípio a ser observado dentro das sessões de mediação. Isto significa que deve ser dada preferência à palavra falada em detrimento à escrita. Tais princípios relaciona-se diretamente com a informalidade, que se traduz como a não estruturação prefixada, com requisitos formais para a execução das sessões de mediação. Pela própria estruturação normativa os princípios estão inseridos de maneira continuada. E pode ser entendido ambos da seguinte forma:

3. Oralidade, percebida que certos atos devem ser praticados oralmente, recomendado a prevalência da palavra falada do que da palavra escrita. Na verdade, é onde a mediação se estrutura, pois sem o diálogo entre os participantes não será possível sua existência e muito menos a sua continuidade, mesmo que sejam realizadas reuniões individuais;

4. Informalidade, significa a dispensa de requisitos formais sempre que a ausência não incorrer em prejuízo, assim como a flexibilidade no desenvolvimento do procedimento, levando-se em consideração a complexidade inerente ao conflito e a individualidade dos participantes (Braga Neto, 2021, p.164).

A mediação em qualquer das modalidades, judicial ou extrajudicial consagra a efetivação do princípio da autonomia da vontade, este princípio é o corolário deste meio adequado de tratamento dos conflitos, visto que o mediador é um facilitador de diálogo que intervém apenas para conduzir as partes no entendimento, ou seja, os próprios medianos que vão estabelecer autonomamente os acordos entre si. E deve de início estarem em comum acordo para a realização das sessões de mediação. Em se tratando de conflito familiar, é ainda mais salutar o estímulo a este meio adequado de resolução autônoma, pois:

Na família, as pessoas é que tomam as decisões sobre seu futuro e dos dependentes. Ela é que estabelece as normas que regerão a vida dos filhos, dividem o patrimônio e resolvem o que é mais justo a respeito das próprias necessidades.

Na mediação, as pessoas são levadas a agir cooperativamente, diante de opções realistas, e a não fazer acusações desmedidas ou pleitos baseados unicamente em seu depoimento pessoal (Cezar-ferreira, 2017, p.136).

No princípio da busca de Consenso, o papel do mediador é ressaltado como terceiro imparcial, reafirmando o princípio da imparcialidade, que deve eivar esforços para que os pares parentais em conflitos consigam travar um diálogo sadio e em sintonia para poder traçar a linhas de um consenso mínimo. No conflito sobre o exercício da convivência parental conjunta, concebido como guarda compartilhada e objeto de pesquisa do presente trabalho, um consenso entre os pares parentais já existe: ambos desejam a convivência com o(s) filho(s), mas para que seja realizado este consenso que é ao mesmo tempo um dos objetos de conflito é necessário que o mediador possa conduzir este desejo de forma pacífica e que contemple ambos os anseios.

Ao falar-se em mediador, deve-se compreender como um estar no meio entre dois polos diferentes, mas cúmplices e rivais nos quais um depende do outro. Dessa forma, mediação indica um complexo de atividades voltado a ligar dois termos distantes, mas conexos entre si. Mediar significa religar aquilo que está desconexo justamente pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa. Neste contexto, o mediador é isto ou aquilo, não equidistante, mas equi-próximo (Gimenez, 2018, p.57).

Assim, no conflito familiar a busca de consenso é a chave para que seja atingido a modalidade de convivência parental conjunta, tipificada como guarda compartilhada e que visa a realização da garantia constitucional de convivência dos filhos com ambos os pares parentais após o fim do casamento ou união estável dos genitores.

O princípio da confidencialidade refere-se ao fato de que todas as informações obtidas pelas sessões de mediação, seja conjuntas ou isoladas, são sigilosas e não podem ser nem descritas no relatório do mediador, especialmente quando se trata de mediação judicial. Nesta, peculiarmente, o processo será informado apenas se a mediação foi frutífera ou infrutífera, de acordo com o formulário a ser preenchido no Centro Judiciais de Solução Consensual (Cesar-ferreira, 2017, p.152). Existindo acordo, este será informado os termos do processo, nada mais podendo dispor nos autos sobre as informações narradas durante o processo de mediação.

Com relação a esse tema, a opção do legislador foi proporcionar à mediação em qualquer contexto um ambiente seguro para revelação de informações importantes ao diálogo, podendo ser mitigado a partir do princípio da autonomia dos participantes ou quando a legislação assim disser. Em outras palavras, qualquer informação trazida à mediação será confidencial em relação a terceiros, sendo vedada a sua utilização em processos de resolução de conflitos posteriores à mediação. Essa regra vale para os participantes da mediação, seus propositos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do procedimento. E inclui declarações, opiniões, reconhecimento de fatos dos participantes ou manifestações de eventual aceite de propostas e documentos produzidos para o procedimento (Braga Neto, 2021, p.172).

Em se tratando de mediação familiar a confidencialidade é ainda mais exaltada, pois trata-se que questões de foro íntimo da família e que não podem ser externalizadas em um processo, questões psicológicas relacionadas a afetividade geralmente são externadas durante os encontros de mediação.

Nesse sentido, todas as informações verbais e não verbais trazidas pelos medianos, nos encontros de mediação são sigilosas. A experiência mostra que a aplicação desses princípios é fundamental para que se estabeleça um ambiente de confiança e de segurança para os medianos, a menos que eles próprios deliberem, expressamente, de outra forma, estabelecendo os limites do sigilo e da confidencialidade (Parkinson, 2016, p. 20).

Insta mencionar que na abertura da sessão de mediação, dentre outras obrigações, o mediador deverá informar sobre a confidencialidade e o sigilo das informações trazidas durante as sessões de mediação. Tal determinação inclusive já tinha sido estabelecido desde a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, anterior à Lei de Mediação, nos seguintes termos:

I – Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; (CNJ, 2010, anexo II artigo 1º inciso I).

A cerca do princípio da Boa Fé, seguindo a sistemática processual civil brasileira, que o trouxe como um dos pilares (Brasil, 2015a, Parte geral, livro I, artigo 5º), em tratando-se de mediação, especificamente a mediação familiar, que objetiva não apenas a realização de acordo, mas construir soluções com na satisfação de interesses, expectativas, desejos e atendimento dos valores e necessidades das pessoas envolvidas (Braga Neto, 2021, p.158), o exercício da Boa Fé dentro das sessões de mediação é essencial para que o diálogo possa ser retomado entre os medianos, em especial no contexto de realizar a mediação em lides que envolvem a determinação do regime de convivência parental, ou seja, a boa-fé e lealdade no exercício de meio adequado de tratamento do conflito é imprescindível.

Feita esta explicação sobre os princípios regentes da mediação e seguindo a lógica estabelecida na lei 13.140 de 26 de junho de 2015, Lei de Mediação (Brasil, 2015b), torna-se oportuno trazer à baila as principais características da mediação judicial em face da extrajudicial.

A mediação judicial é aquela realizada dentro dos centros judiciários de resolução de conflito, criados ainda por meio da política judiciária implementada pela resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010). Esta mediação pode ser realizada em 02 momento: preliminar ou incidental ao processo. Os mediadores judiciais necessitam ter formação superior há no mínimo 02 anos, ser cadastrado no banco de mediadores do Conselho Nacional de Justiça e ter realizado curso de formação nos moldes estabelecidos pelas resoluções do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, carga horaria mínima e estágio obrigatórios nos centros judiciários de resolução de conflitos.

Do CNJ, nasceu a resolução nº 125, de 2010, a grande responsável pela grande guinada na forma de tratar as relações conflituosas na justiça. Considerando caber ao judiciário o estabelecimento de política pública de tratamento adequado de conflitos jurídicos e conflitos de interesses, elegeu a mediação e a conciliação como instrumentos de pacificação social. Criou Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) verdadeiros cérebros a planejar e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) em sua região, sempre em consonância com o CNJ.

O Núcleo é um órgão administrativo, que recebe as determinações do Judiciário, cuida do cadastramento de conciliadores, mediadores e câmaras privadas, estabelece parcerias públicas e privadas, provê mediações e conciliações pré processuais e processuais e presta os serviços de cidadania. Quanto aos CEJUSCs, são os centros onde se realizam as audiências de conciliação e as sessões de mediação.

O CNJ estabelece o conteúdo programático dos cursos de capacitação e viabiliza os estágios dos capacitandos (Cezar-ferreira, 2017, p.128).

Já a mediação extrajudicial, poderá ser realizada nas câmaras privadas de mediação extrajudicial, existentes em algumas localidades no Brasil, ou em qualquer local que as partes, em comum acordo, estabeleçam.

Portanto a principal diferença entre os mediadores extrajudiciais e os mediadores judiciais está na sua formação que é menos exigente, a começar que não é exigida a formação em nível superior há mais de 02 anos e nem que seu curso de formação em mediação tenha a carga horaria e os conteúdos estabelecidos pelo CNJ (Brasil, 2015b, artigo 11). Desta feita, para ser mediador extrajudicial, além da ter sido escolhido livremente pelos mediados, necessita ter a simples capacitação em mediação, dispensando o cadastro em qualquer banco de dados (Brasil, 2015b, artigo 10).

Insta mencionar que em relação aos mediadores judiciais, existe um rol de condutas que deverão ser seguidas, elas estão elencadas no anexo da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, nos seguintes termos:

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

§1º. Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

§2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

§3º. Imparcialidade – Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

§4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles;

§5º. Independência e autonomia - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

§6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes (CNJ, 2010).

Cabe ressaltar que estes princípios fundamentais que estão na resolução do Conselho Nacional de Justiça são de cumprimento obrigatório para os mediadores judiciais, contudo para que a mediação obtenha os resultados desejados é importante que o mediador extrajudicial siga em sua conduta os princípios expressos neste código de normas, e comumente seguem, pois os seis dispositivos que são elencados no anexo da resolução facilita o exercício do encargo propiciando a realização do diálogo entre as partes e a validação do possível acordo extraído das sessões de mediação. Em geral os mediadores além dos princípios susomencionados, conforme dispõe o estudioso na temática, professor Adolfo Braga Neto:

A mediação parte de uma atitude de humildade do mediador com os mediados, pois os principais atores deste método são eles próprios. Eles são os mais indicados para solucionar as questões, pois sabem o que é melhor para eles próprios e, naquele momento, o estado de competição ou de imposição originado pelo conflito dificulta este saber. A conduta humilde deste terceiro parte do pressuposto de que o mediador desconhece a realidade daqueles envolvidos no conflito. Sua função é auxiliar as pessoas com base na retomada do respeito mútuo. Inclui o resgate das responsabilidades das pessoas, não somente pelo conflito gerado na inter- relação, mas, sobretudo, para a responsabilidade em face dos compromissos assumidos no decorrer do processo e posteriormente a el. (Braga Neto, 2021, p.181).

Em geral o mediador é um terceiro distante do conflito, essa característica deve ser conservada em qualquer das modalidades de mediação. Em se tratando de mediação familiar, devido o conflito está imerso sob questões afetivas e o mediador deve ter a sensibilidade de não demonstrar nenhuma tendência a nenhum dos mediados.

O mediador familiar, em especial, vai facilitar aos oponentes confrontar seus pontos de vista quanto às questões familiares, ajudando-os a discriminar seus interesses e necessidades e a voltarem para o encontro de soluções que os ajudem a dissolver os conflitos interpessoais e a dirigir a sua vida e da sua família, de forma adequada e saudável daí para frente. As Dificuldades decorrentes da separação são de ordem familiar.

[...]

Deve ficar ciente o mediador de que os mediados tentarão buscar-lhes a aliança e chama-lo a tomar partido, dando razão a um ou a outro. Pode acontecer que o mediador se afine mais com um dos modos de pensar, por isso deverá ter muito cuidado para não ceder à tentação de pender para esse lado. É possível, também, que um dos dois mediados seja melhor argumentador ou mais sedutor do que o outro, e esses são outros aspectos para o qual o mediador deve ficar atento em relação a si próprio (Cesar-ferreira, 2017, p.137).

Os mediadores podem ser considerados negociadores imparciais, em ambas as modalidades de mediação, judicial e extrajudicial, este agente deverá auxiliar nas negociações sem indicar ou sugerir alternativas, as partes deverão caminhar para que atinjam este fim. Para isso os mediadores devem externalizar a imparcialidade, princípio basilar da mediação em geral, exercer a escuta ativa, direcionar as tratativas de forma que propicie a colaboração amistosa entre os pares em atrito, não podendo inferir ou suggestionar alternativas.

Em todos os dois casos, o mediador deverá ser imparcial, e, conforme a legislação e a doutrina, deve apenas auxiliar nas negociações, conduzindo as partes, para que elas, de maneira colaborativa e amistosa, possam chegar primeiro a um diálogo direcionado a solução dos conflitos, e após, chegar na possível composição de um acordo. Segundo a legislação, o mediador é um assistente da negociação que irá conduzir a sessão, resume as ideias, faz a devolutiva resumida do que foi proclamado procurando positivar o assunto, mostra a realidade de maneira objetiva aos envolvidos, e para tanto, vale-se de técnicas e habilidades que incluem em um primeiro momento ouvir as partes com atenção, questionando-as, e por fim esclarecendo as opções formuladas, mas nunca interferindo, ou oferecendo soluções para o caso como se faz em uma conciliação (Figueiredo, 2019, p. 51).

Sobre o processo de mediação em si, a lei de mediação traz alguns dispositivos que vão nortear a realização das sessões de mediação, como prazos e itens indispensáveis durante o processo, como a voluntariedade deve ser expressa por ambos os mediados.

Na mediação judicial, realizada por mediador indicado pelo Centro Judicial de Solução de Conflito sua conclusão deve ocorrer em 60 dias, contado da primeira sessão de mediação, se as partes não requererem prorrogação (Brasil, 2015b, artigo 28). Já na mediação extrajudicial poderá ser estipulado contratualmente prazo diverso e caso não possua prazo previamente estabelecido, a lei 13.140 dispõe de um prazo mínimo de 10 dias úteis até três meses contados a partir do recebimento do convite para a realização da primeira sessão de conciliação (Brasil, 2015b, artigo 22, parágrafo 2º inciso I).

Nota-se que o legislador foi cuidadoso em trazer os artigos elencando hipóteses que pudessem tornar vazia a sessão de mediação, especialmente a extrajudicial, ou seja, externaliza a preocupação normativa em concretizar o método de fomento ao reestabelecimento do diálogo das relações, e corrigindo algumas falhas que a lei da arbitragem trouxe.

Todas as previsões legais indicadas acima trazem em seu bojo a preocupação com a efetivação do método no sentido de ultrapassar os descuidos com a elaboração de uma cláusula de mediação em um contrato. Deve-se dotá-la de devida força para a instalação do procedimento e ao mesmo tempo promover um cenário que proporcione, pelo menos inicialmente, o diálogo, que poderá existir em situações imprevistas. Mais uma vez a experiência com a arbitragem no País, sobretudo no que se refere à redação de cláusulas conhecidas como vazias, foi a inspiração desses preceitos, que são muito claros (Braga Neto, 2021, p.171).

Por fim, resta mencionar a conclusão da mediação poderá ter acordo ou não. Existindo termos de acordo ele poderá ser homologado pelo juiz, tornando-se título executivo judicial ou se não houver a homologação será considerado título executivo extrajudicial.

A finalização da mediação deverá ser formal com a elaboração de um acordo que, segundo o parágrafo único do art.20, é título executivo extrajudicial e, se homologado, se transforma em título executivo judicial. Ao mesmo tempo e no mesmo artigo, a previsão legal determina que o procedimento poderá ser encerrado com uma simples declaração de um ou dos mediandos ou do mediar, em que aleguem não haverem alcançado a solução. Todas essas previsões são, na verdade, a prática comum no território brasileiro (Braga Neto, 2021, p.170).

Contudo, a mediação familiar não pode ser concebida como a solução para todos os tipos de problemas enfrentados nas famílias, ela possui limitações, e depende da voluntariedade dos pares parentais em (re)construir um liame comunicacional mínimo para chegar ao fim do conflito.

A mediação, repetimos, não é a panaceia dos tempos modernos, mas um meio eficiente e eficaz para se tentar evitar um confronto interminável. Cabe ao casal decidir se essa é a melhor forma para a dissolução e a solução de seus conflitos. E será, se os oponentes realmente estiverem em busca de paz na relação, principalmente no que concerne aos filhos. Estatísticas de países que utilizam a mediação com regularidade apontam para um percentual superior a oitenta por cento de casos bem sucedidos. Nosso país aponta na mesma direção (Parkinson, 2016, p.137).

Entretanto, os operadores do direito, em especial os juízes e advogados, quando estiverem diante de uma demanda de família, especificamente em causas que envolvam a estipulação do regime de convivência parental, em especial quando estiver em debate a concessão da guarda compartilhada, deve explicar sobre a indispensabilidade do diálogo entre os pares parentais e propor que seja encaminhada a lide para a mediação, que é a alternativa normativa mais apropriada para a efetividade fática da guarda conjunta dos filhos após o fim da conjugalidade.

Frisa-se que o mediador é um agente que promove a reaproximação das partes para que, por si, encontre maneiras de solucionar as demandas que compõem o conflito. Portanto,

Ao falar-se em mediador, deve compreender como um estar no meio entre dois polos diferentes, mas cúmplices e rivais nos quais um depende do outro. Dessa forma, mediação indica um complexo de atividades voltados a religar aquilo que está desconexo justamente pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa. Nesse contexto, o mediador é isto ou aquilo, não equidistante, mas equipróximo (Gimenez, 2018, p.57).

Nessa toada, cabe ao mediador a incumbência de clarificar as razões reais da disputa e as possíveis soluções e, considerando o eventual nível de hostilidade entre as partes, trabalhar para que as discussões ocorram com urbanidade e respeito recíprocos, inclusive para que cada uma delas possa visualizar quais são os seus reais interesses. Atribuições e competências que, na tramitação de um processo judicial adversarial, dificilmente o magistrado conseguiria assumir. Ou seja, saber ouvir é uma das grandes habilidades do mediador, em qualquer situação.

Nesse sentido, a “Guarda Compartilhada” com “Igualdade parental” não deveria ser concebida como um resultado desejado do processo de “mediação”, mas deveria ser *condição* (prévia) para que se possa conduzir efetivamente a um processo de pacificação das relações, permitindo abrir um diálogo civilizado para tratar de temas em comum, particularmente no que concerne aos filhos de ambos (Montaño, 2020, p. 224).

A autocomposição proposta pela mediação familiar torna os litigantes, em especial os pares parentais em disputas sobre a guarda dos próprios filhos, protagonistas de suas contendas, decidindo de maneira consensual e afastando a imposição unilateral de uma decisão ditada por um terceiro, o magistrado.

Portanto, um plano de parentalidade elaborado pelas próprias partes através do processo de mediação contribui para a satisfação de ambos os pares parentais envolvidos na celeuma e garante a efetivação fática da guarda compartilhada, pois o reestabelecimento do diálogo entre os genitores fará com que, concretamente, seja realizado o direito fundamental das crianças e adolescentes de conviver com ambos os pais após o deslinde da relação conjugal e, conseqüentemente, para que seu desenvolvimento físico e mental ocorra de maneira sadia. Contudo, a mediadora familiar Anabela Quintanilha, em entrevista disponível na obra *Divórcio e Parentalidade*, alerta que:

[...] é à família que compete encontrar o regime mais conveniente, cabendo apenas ao mediador encaminhar a reflexão e o diálogo, sem juízos próprios. Mas nem todas as famílias são capazes de o fazer, nem diante de um juiz e nem diante de um mediador. *«Há pessoas que não querem decidir o futuro dos filhos, querem, simplesmente, que lhes seja imposta uma solução judicial. Têm esse direito»* reconhece a especialista. Para esses a mediação não é um caminho viável, alerta (Anciães; Agulhas; Carvalho, 2022, p.142).

Enfim, a mediação familiar, prevista normativamente, possui suas limitações e em algumas situações não consegue reestabelecer o liame comunicacional mínimo para que seja efetivada a convivência parental conjunta. Seja pelo fato de que as necessidades e os danos não foram satisfatoriamente atendidos dentro do processo de mediação ou seja porque as partes necessitam de um suporte profissional mais apurado para que seja elaborado o plano de parentalidade satisfatório para ambos as partes envolvidas no conflito.

Nesse sentido, as práticas restaurativas de construção de paz ou a advocacia colaborativa podem ser instrumentos eficazes para que seja construído um plano de parentalidade que concretize o direito fundamental dos filhos em conviver com ambos os pares parentais. Portanto tornar-se salutar analisar como as práticas restaurativas podem contribuir para o tratamento adequado do conflito familiar e em seguida tratar da advocacia colaborativa.

5.3 As práticas restaurativas

As Práticas Restaurativas são ações decorrentes do movimento de Justiça Restaurativa, que objetivam atender às necessidades de todos os sujeitos envolvidos na violência ou no dano. É um outro olhar sobre o conceito de Justiça, que não se restringe a punir apenas quem provocou o dano, mas objetiva atender aos anseios dos diversos sujeitos envolvidos no conflito. Nesse sentido, tais práticas efetivadas na sociedade visam reestabelecer vínculos rompidos, seja na área criminal ou na área civil.

A justiça restaurativa surgiu como um novo olhar direcionado ao fenômeno criminal, os primeiros registros de ações com esse enfoque datam da década de 70, nos Estados Unidos, quando verificou que a ação retributiva ao crime, justiça retributiva/punitiva tradicional, não estava atendendo às necessidades dos principais sujeitos tiveram seus bens ou direitos violados, qual seja: a vítima. Os professores Howard Zehr e Kay Pranis foram precursores desta nova lente sobre o fato criminal, qual seja a restauração de tecido social rompido em decorrência de atos delitivos.

Para estes docentes, em linhas gerais, a justiça deve atender às necessidades e anseios dos envolvidos e não apenas impor uma pena para o ofensor e com isso ter sido feita a “justiça” na sociedade, para Howard Zehr:

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando a sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro Lugar, ela deve se concentrar na solução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das interações futuras (Zehr, 2020, p. 207).

Já para a professora Kay Pranis, além do atendimento às necessidades dos envolvidos no fato delitivo, a abordagem restaurativa deve ser ampliada para além de vítima-ofensor-comunidade, através dos processos circulares de construção de paz poderá ser aplicada em várias áreas da sociedade, como nas escolas, grupos religiosos, condomínios e em relações familiares. Esta concepção da justiça restaurativa teve como inspiração as tribos indígenas ancestrais norte-americanas que resolviam seus conflitos através da estruturação circular.

Os círculos de Construção de paz descendem diretamente dos tradicionais Círculos de diálogo comuns dos povos indígenas da América do Norte. Reunir-se numa roda para discutir questões comunitárias importantes é algo que faz parte das raízes tribais da maioria dos povos. Essas práticas ainda são cultivadas entre os povos indígenas do mundo todo e temos em relação a eles uma imensa dívida de gratidão, pois mantiveram vivas as práticas que vieram a ser fonte de sabedoria e inspiração para as nossas culturas ocidentais modernas (Pranis, 2010, p.19).

Assim, a Justiça Restaurativa é uma forma de tratamento do conflito que foca no atendimento das reais necessidades das pessoas envolvidas no tecido social rompido, pois no sistema tradicional de tratamento do fenômeno criminal temos o exercício do Estado que substitui a vítima na lide, realizando a aplicação de uma punição ao autor do fato, ou seja, o sistema de justiça é retributivo. Contudo, reafirma-se que o principal sujeito do fato, aquele que teve seus direitos violados, a vítima é esquecida.

A Justiça Restaurativa se preocupa em atender às reais necessidades das pessoas que sofrem os danos (vítimas), das comunidades e também dos que causaram os danos (ofensores), pois, como já se disse antes, ela é uma abordagem de Justiça voltada primeiramente à vítima, mas não

exclusivamente a esta, já que uma de suas finalidades é promover uma melhor vida em comunidade para todos (Arlé, 2021, p. 44).

Assim, a ideia de Justiça Restaurativa tem como centro o atendimento das necessidades dos envolvidos no conflito, na seara criminal a vítima torna-se protagonista, contudo, não significa que o autor do ato será isentado de obter uma punição, mas antes de atribuir uma retribuição punitiva ao agente promotor do desequilíbrio social é preciso ouvir a vítima e as demais partes que tiveram seus direitos violados. Este é o objetivo da Justiça Restaurativa, atender às necessidades dos envolvidos no conflito.

[...] a Justiça Restaurativa visa transcender o conflito de forma positiva, e se utiliza de técnicas diversas para atingir este fim. Assim, na prática, o que deve ser observado para diferenciar a Justiça Restaurativa dos outros meios de solução de conflitos são os elementos e fundamentos da prática restaurativa, e é assim que ela é validada como tal. Ela atua como um meio necessário de transcender conflitos de forma positiva, o que não é um objetivo caracterizador dos outros meios alternativos de solução de conflitos (Fróes, 2023, p. 99).

Desta feita, a ideia da justiça restaurativa, inspirada em conhecimentos ancestrais anteriores à própria existência do Estado, e, conseqüentemente, antes da figura do Estado-juiz, já realizavam a resolução dos conflitos em processos circulares, não existindo um vencedor e um vencido, mas partes de um todo que teriam atendido suas necessidades de forma a extinguir o liame conflitivo que impedia a continuidade do convívio harmônico do grupo. Nesse sentido a Justiça Restaurativa surge como um resgate a esta concepção múltipla do conflito e aplica métodos e ferramentas para o atendimento das necessidades de todas as partes atingidas pelo fato conflitivo.

[...] A Justiça Restaurativa é uma visão que faz uso de métodos próprios e é nestes que são utilizadas algumas ferramentas, intervenções ou habilidades usadas pelos facilitadores e propostas a todos os participantes dos processos restaurativos (Arlé, 2021, p.123).

Assim, as práticas restaurativas possuem várias metodologias que poderão ser aplicadas de acordo com a natureza do conflito. Contudo, reafirma-se, o elemento central está na realização da oitiva das necessidades de todos os envolvidos. Dessa forma o conceito de Justiça restaurativa é fluido e amplo, está em constante construção e adaptação aos ambientes nos quais possa ser utilizado não

apenas para resolução de conflitos, mas para reestabelecer o equilíbrio social abalado por condutas que violaram a paz anteriormente existente.

Considerando a ampliação de sua aplicação e o fato de que, conforme Zehr, a “justiça restaurativa avançou muito além das aplicações de âmbito penal” é importante ressaltar que não há fórmula pronta para um programa de justiça restaurativa, e que seus princípios e valores são bússola de atuação restaurativa, para a qual não há apenas um único caminho (Zehr *apud* Arlé, 2021, p.62).

Nesse sentido, os círculos de construção de paz é, dentre as diversas práticas restaurativa, o processo que possui uma maior multiplicidade de aplicação, conforme menciona a Kay Prannis:

À medida que os Círculos foram sendo aplicados para enfrentar diferentes problemas, emergiu uma terminologia para diferenciá-los segundo suas funções. Esta linguagem ainda está evoluindo e os títulos ainda não são empregados universalmente, no entanto, podem mostrar-se bastante úteis. Há círculos de vários tipos, inclusive de:

Diálogo
Compreensão
Reestabelecimento
Sentenciamento
Apoio
Construção de senso comunitário
Resolução de Conflitos
Reintegração
Celebração (Pranis, 2010, p.28).

Aliado à sua multiplicidade de aplicação, estes processos circulares proporcionam ouvir todos os envolvidos na celeuma, pois o círculo é um local onde pode ser expresso os sentimentos feridos, onde o ser humano pode ser visto por inteiro.

Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa ao centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos (Pranis, 2010, p.25).

Desta feita, os conflitos familiares, geralmente estão permeados de sentimentos feridos que são os principais fatores que impedem a efetivação do diálogo entre os ex consortes. Assim, com a utilização dos processos circulares, pode ser construído um caminho para a reaproximação entre pares parentais em guerra e trazer estes conflitantes para uma harmonia que é necessária para o efetivo convívio com os filhos oriundos da relação rompida, pois no círculo é criada uma estrutura de

liberdade e aproximação que propicia a expressão de verdades e temores não expressos em outros meios, conforme explica Kay Pranis:

Os Círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais (Pranis, 2010, p. 25).

Entretanto, a aplicabilidade dos processos circulares em conflitos familiares ainda não possui regulamentação específica no Brasil, na realidade a norma que regulamenta a política nacional de Justiça restaurativa no Brasil, a resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016), não menciona qualquer método ou processo específico, traçando conceitos e linhas gerais sobre as práticas restaurativas no poder judiciário brasileiro. Dessa forma, é salutar fazer uma breve explicação da Justiça Restaurativa no Brasil.

Os primeiros registros sobre as práticas restaurativas no Brasil ocorreram em idos dos anos 2000, neste período as iniciativas pioneiras foram na área criminal, seguindo as diretrizes das resoluções da Organização das Nações Unidas sobre a temática.

A Justiça Restaurativa teve início, no Brasil, oficialmente, no ano de 2005, com três projetos-piloto implantados no Estado de São Paulo, no Estado do Rio Grande do Sul e no Distrito Federal, a partir de uma parceria entre os Poderes Judiciários dessas localidades e a então Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (CNJ, 2019, p.5).

Assim, as três iniciativas pioneiras no Brasil eram na área criminal, mas com o passar dos anos verificou-se que as metodologias restaurativas podem ser aplicadas em diversas áreas do direito, ou seja, a sua aplicação perpassa da seara delitiva conforme se pode perceber na própria normativa do Conselho Nacional de Justiça, em outras palavras, as práticas restaurativas podem ser utilizadas em qualquer grupamento social, e a multiplicidade de usos destas ferramentas autocompositivas geram dúvidas sobre a natureza desta forma de manejo dos conflitos dentro do nosso país.

Logo, pode-se inferir que a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil ainda precisa ser melhor compreendida, visto que não se restringe à seara criminal, e observando-se a sua ampliação nos diversos grupamentos sociais, pode ser uma das alternativas para o tratamento dos conflitos familiares. A pesquisadora Iara Alves

Etti Fróes em sua tese de doutorado afirma no Brasil temos uma falta de compreensão do que seria a Justiça Restaurativa nos seguintes termos:

No Brasil ainda não há uma compreensão sobre o que é Justiça Restaurativa. Alguns autores trabalham com a ideia de que ela é uma espécie de mediação penal, outros entendem como uma possibilidade de substituição do sistema penal vigente. Ambas as ideias não podem prosperar, pois os autores que a resumem na matéria criminal não conseguiriam explicar como que ela é usada de forma extrajudicial e civil. Todavia, a falta de compreensão não foi um impedimento para que o Brasil começasse a utilizá-la. Conforme ela vem sendo aplicada, surge cada vez mais a necessidade de determinar o que ela é, para que possa continuar contribuindo através da sua aplicação, e que se possa continuar a colher os inúmeros benefícios que já estão sendo percebidos na prática (Fróes, 2023, p. 69).

Corroborando com a percepção de que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada nas diversas áreas da sociedade, o mapeamento dos programas de justiça restaurativa realizado pelo Conselho Nacional de Justiça demonstrou que os tribunais do país estão gradativamente ampliando o âmbito de abrangência das práticas restaurativas (CNJ, 2019).

Insta mencionar que, tal como na Mediação, a Justiça Restaurativa surgiu como uma política judiciária estabelecida por um órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional: Conselho Nacional de Justiça, e ainda não possui uma legislação ordinária sobre o assunto. Deste fato surge um dos fatores que contribuem para a precária compreensão das práticas restaurativas. Todavia, a aplicabilidade da Justiça Restaurativa como política nacional a ser aplicada dentro do poder judiciário deve observar os ditames da resolução nº 225 do conselho Nacional de Justiça (CNJ,2016), nesta norma temos alguns elementos norteadores da aplicação das práticas restaurativas em nosso país.

E ainda cabe esclarecer que a Justiça Restaurativa envolve uma mudança de olhar para o conflito que originou dano ou violência, pois não procura apontar os culpados, mas estabelecer os fatores motivacionais do conflito, ou seja, a Justiça Restaurativa objetiva analisar as raízes do conflito que levaram à violência e/ou dano para construir uma reestruturação do tecido social rompido, conforme se pode constatar no seguinte dispositivo normativo:

Art.1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que

geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I - é necessária a participação do ofensor, e quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingidas pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II-as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III- as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade de reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (CNJ, 2016).

Dessa maneira verifica-se que a resolução já estabeleceu que para aplicabilidade das práticas restaurativas é necessário a participação de todos os atingidos pelo conflito ou violência, isto é: vítima, agressor, familiares e a sociedade atingida. E ainda prevê que a execução das práticas restaurativas deverá ser conduzida por facilitadores que poderão ser servidores do poder judiciário, agentes públicos, voluntários ou pessoas indicadas por instituições parceiras que possuem a capacitação na temática. Logo a execução da Justiça Restaurativa acontece através das práticas restaurativas que têm como foco no atendimento das necessidades de todos os envolvidos no litígio, a responsabilização das pessoas que concorreram para a ocorrência dos danos e o empoderamento da comunidade envolvida.

Em ato contínuo foi estabelecida a conceituação de alguns termos utilizados na Justiça Restaurativa que vão auxiliar para a compreensão do seu processo dentro do poder judiciário brasileiro. Neste ponto é apreendido que as práticas restaurativas, objeto principal de análise deste item do trabalho, é a forma de tratamento diferenciada, com foco nas necessidades de cada uma das partes envolvidas no conflito. Já o procedimento restaurativo é o conjunto de etapas que serão utilizadas para a realização da Justiça restaurativa. Em seguida explica sobre caso, sessão restaurativa e enfoque restaurativo. Por fim, menciona que o procedimento restaurativo pode ser aplicado forma alternativa ou concorrente com o processo judicial ordinário.

§1º Para efeito desta Resolução, considera-se:

I-Prática Restaurativa: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo;

II-Procedimento Restaurativo: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição de situações a que se refere o caput

deste artigo;

III- Caso: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para a solução por intermédio de práticas restaurativas;

IV- Sessão Restaurativa: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo;

V- Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos:

a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades;

b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor;

c) reparação dos danos sofridos;

d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidades para superação das causas e consequências do ocorrido.

§2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade (CNJ, 2016).

Ressalta-se que a Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça não definiu um método ou metodologia para a utilização das práticas restaurativas, mas deu abertura para a aplicação dos diversos métodos já conhecidos sobre a temática, tais como a mediação vítima-ofensor ou mediação penal, as conferências familiares e os círculos de construção de paz. Sobre os métodos cabe trazer à baila o seguinte:

É importante ressaltar que há métodos considerados mais integralmente restaurativos do que outros e, em geral, os métodos que incluem a comunidade são tidos como mais inteiramente restaurativos.

Pode-se dizer, assim, que existe um *continuum* de aplicação prática de Justiça Restaurativa, que vai desde abordagens restaurativas, assim consideradas aquelas usadas ainda no contexto de um método de um método não- propriamente restaurativo, como o processo judicial convencional – aos métodos hoje considerados mais integralmente restaurativos, como as conferências e os processos circulares (Aerlé, 2021, p. 102-103).

Nessa toada, a prática restaurativa mais adequadas para os conflitos relacionados aos direitos parentais é o círculo de construção de paz, pois nesta ação o facilitador pode atingir o cerne dos conflitos que estão obstaculizando o diálogo efetivo entre os pares parentais. Muitas vezes dentro dos conflitos ocorridos no âmbito privado a falta de uma escuta ativa das necessidades do outro faz com que traumas e magoas se potencialize a ponto de tornar insubsistente qualquer forma de convívio.

Desta maneira, em sintonia com os dispositivos previstos na resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016), o facilitador restaurativo, especificamente do processo circular de construção de paz, deverá conduzir os

procedimentos restaurativos utilizando-se dos métodos autocompositivos tais com a escuta ativa e incentivo ao diálogo entre os envolvidos, garantindo ainda que seja informado aos integrantes do processo sobre o sigilo, a confidencialidade e voluntariedade das sessões restaurativas, conforme dispõe os seguintes termos:

Art.8º [...] §1º. O facilitador restaurativo coordenará os trabalhos de escuta e diálogo entre os envolvidos, por meio da utilização de métodos consensuais na forma autocompositiva de resolução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, devendo ressaltar durante os procedimentos restaurativos:

- I – o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão;
- II – o entendimento das causas que contribuíram para o conflito;
- III – as consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar;
- IV – o valor social da norma violada pelo conflito (CNJ, 2016).

A prática restaurativa em processo circular, possui alguns elementos estruturais que visam criar um ambiente que proporcione a segurança para os participantes serem autênticos e fiéis a si mesmos, conforme leciona Kay Pranis:

Apoiados sobre o alicerce dos valores e da sabedoria ancestral, os Círculos usam cinco elementos estruturais para criar um espaço seguro onde as pessoas se ligam às outras de modo positivo, mesmo em circunstâncias de conflito, dano ou dificuldades. Esses elementos incluem: cerimonial, orientações, o bastão de fala, coordenação/facilitação e decisões consensuais (Pranis, 2010, p. 49).

Conforme já mencionado, os círculos são “métodos mais flexíveis e adaptável a uma infinidade de situações, servindo para tentar encontrar solução para casos de conflitos e violências, bem como para diversas outras finalidades não conflitivas” (Arlé, 2021, p.111). Dessa forma, pode-se afirmar que existem 02 grupos de círculos: conflitivos e não conflitivos. Insta esclarecer que os elementos dos círculos não conflitivos serão reduzidos em relação aos elementos dos conflitivos, inclusive a preparação dos círculos conflitivos pode depender de pré-círculos realizados isoladamente com cada uma das partes envolvidas no conflito matriz.

No guia do facilitador escrito por Kay Pranis, precursora do processo circular de construção de paz, pode-se encontrar os seguintes elementos comum a todo círculo: “sentar todos os participantes em círculo (preferencialmente sem mesa), cerimônia de abertura, peça central, valores/diretrizes, objeto de fala, perguntas norteadoras e cerimônia de fechamento” (Pranis, 2011, p.18).

Para uma melhor compreensão sobre esta prática restaurativa é necessário explicar como cada um desses elementos estão inseridos dentro do processo circular de construção de paz. O primeiro elemento a ser descrito é a estrutura

circular sem a presença de mesa, este layout “permite que todos possam ver uns aos outros e vivenciar os valores de igualdade, conexão, da horizontalidade, da corresponsabilidade, do respeito e do pertencimento, próprios da Justiça Restaurativa e de seus métodos” (Arlé, 2021, p.113).

A cerimônia de abertura é o momento de acolhimento de cada um dos participantes do círculo, são feitas as boas-vindas e marca o início do processo circular de construção de paz. “As cerimônias de abertura ajudam os participantes a se centrarem, a trazê-los para participar plenamente no espaço, reconhecer sua interconectividade, livrar-se de distrações não relacionadas ao contexto e a estarem atentos aos valores de seu verdadeiro eu” (Pranis, 2011, p.18).

O centro do círculo ou peça do centro é o que caracteriza a ritualística do processo circular de construção de paz, neste elemento o facilitador ou guardião deve planejar com o cuidado de utilizar objetos que inspire os participantes a conectar-se com o objetivo do círculo. Mas não só para remeter aos objetivos que serve este espaço, ele é o *locus* onde será recebido “tudo o que for sendo construído por todos os participantes ao longo do processo circular, como os valores, as diretrizes e o eventual acordo (Arlé, 2021, p.117).

Os círculos usam uma peça central para criam um ponto de convergência que dá apoio ao falar de coração e escutar de coração. A peça de centro geralmente fica no chão, no centro do espaço criado dentro do círculo de cadeiras. Em geral, é uma base ou um trilho de tecido. O centro pode incluir objetos representando os valores do eu verdadeiro, os princípios que alicerçam o processo, uma visão compartilhada do grupo (Pranis, 2011, p.18-19).

No que se refere aos valores ou diretrizes do círculo, este elemento representa as regras que serão criadas pelas pessoas que estão participando desta prática restaurativa, ou seja, são os combinados que guiarão a execução dos trabalhos.

O objetivo das diretrizes é descrever os comportamentos que os participantes sentem que farão com que o espaço seja um lugar seguro para que eles revelem suas verdades. As diretrizes não são limites rígidos, mas são lembretes de reforço das expectativas de comportamento de todos dentro do círculo. Elas não são impostas aos participantes, mas adotadas por consenso do círculo (Pranis, 2011, p.19).

Outro elemento importantíssimo e que marca a ancestralidade presente no processo circular é a presença de um objeto ou bastão da palavra. Este serve como

medida de respeito ao momento de quem está com o direito de fala, que a todos é concedido, pois cada um fala por vez e os demais devem escutar, por isso também pode ser compreendido como um instrumento de oitiva do outro. O facilitador, também conhecido como guardião, deve explicar bem esta regra/diretriz sobre o respeito do direito de quem está com o bastão da palavra, pois somente os facilitadores é quem possui o direito de falar sem está com o bastão na mão, contudo tal prerrogativa não é um privilégio mas sobretudo uma garantia para o bom andamento dos trabalhos, não deve ser visto como um fiscal, pois todos os componentes devem respeito às regras estabelecidas, mas como guardião da condução dos trabalhos restaurativos.

Nos círculos, o objeto da palavra, sempre colocado em movimento circular pelo facilitador, é 'sagrado' e a única pessoa que pode falar sem tê-lo em mãos é o próprio facilitador, não porque seja mais importante que os demais e sim, excepcionalmente, para garantir que o respeito às diretrizes coconstruídas daquele espaço. Tal objeto, que serve de 'fio condutor' do processo, confere autonomia e poder a todos, democratiza o processo de comunicação, evita o bate/rebate, o acusa/defende, a ação/reação, introduzindo a preciosa oportunidade do delay, que é capaz de acalmar a amígdala cerebral, responsável pelas nossas emoções, como exposto por Daniel Goleman (Arlé, 2021, p.113-114).

As perguntas norteadoras são elaboradas pelos facilitadores durante o planejamento do círculo. No caso de círculos conflitivos estas perguntas poderão ser planejadas após a oitiva prévia das partes envolvidas, chamados pré-círculos. As perguntas norteadoras são os estímulos para chegar ao cerne da contenda. Boas perguntas farão os trabalhos fluírem de maneira mais eficaz, por isso deve ter todo o cuidado na sua elaboração.

Os círculos usam perguntas ou temas norteadores no início de muitas rodadas para estimular a conversa sobre o principal interesse do círculo. Cada membro tem uma oportunidade de responder à pergunta ou tema norteador de cada rodada. O preparo cuidadoso das perguntas é importante para facilitar a discussão que vai além das respostas superficiais (Pranis, 2011, p.19).

E ainda sobre as perguntas norteadoras, cabem mencionar que são o cerne do processo circular, pois estimulam os participantes a desenvolverem a empatia com a narrativa exposta por cada um. Estas perguntas na verdade são estímulos para a contação de histórias narrativas sobre a temática do círculo. Neste momento

os facilitadores devem assegurar que as diretrizes propostas no início do círculo serão cumpridas e deve resguardar o bom andamento das narrativas expostas.

As perguntas-norteadoras de contação de histórias devem ser formuladas com muito cuidado para permitir que cada um fale de si, e, mesmo nos círculos de conflito, tais histórias não devem ter relação direta com o ocorrido, pois a finalidade da contação de histórias é aprofundar a interconexão entre os participantes do círculo. (...) Ao propor que cada um conte uma história de sua experiência, a ser escolhida conforme a pergunta- guia do facilitador, e iniciar contando a sua, o facilitador traz para ao Círculo a oportunidade de todos se reconhecerem em todos, pois não raro as histórias de uma pessoa fazem com que os ouvintes se conectem a algo parecido ocorrido com eles e surge, assim, um nível profundo de interconexão, que não maios será desfeito, passando, os membros do Círculo, a se enxergarem verdadeiramente (Arlé, 2021, p.119).

O último elemento do círculo é a cerimônia de fechamento, contudo antes de mencionar as principais características deste, deve-se ressaltar que nos círculos conflitivos após a rodada inicial de contação de história é necessário abrir um espaço para a narrativa direcionada ao problema. Neste momento o facilitador não iniciará a narrativa, e ao final será ou não proposto um acordo com plano de ação ou plano restaurativo.

Para os Círculos de conflito, propõe-se que, após a fase de contação de histórias e antes do *check-out*, os facilitadores conduzam o processo pela fase de exploração do problema em si, propondo, sem responder – observe-se que estas são as únicas perguntas do Círculo que não serão respondidas primeiro pelo facilitador – perguntas-guias relacionadas ao que a autora já expos neste livro como ‘OIE’: O que aconteceu? Quais os Impactos do que aconteceu (sentimentos e consequencias)? Como Encontrar a melhor forma de seguir adiante? Será neste momento que os participantes construirão ou não um acordo, também chamado de ‘plano de ação’ ou ‘plano restaurativo’ (Arlé, 2021, p.120).

Concluída todas as rodadas de pergunta e narração de histórias, o resultado do círculo será levado ao centro do mesmo e se tiver sido proposto um plano de ação ou plano restaurativo será marcado o acompanhamento do mesmo. Sendo em seguida feito um *check out* para verificar como cada um está saindo deste momento de conexão e em seguida será desfeito o círculo.

As cerimônias de fechamento reconhecem os esforços realizados pelo círculo, afirmam a interconectividade dos presentes, transmite um sentido de esperança para o futuro e prepara os participantes para retornarem ao espaço das suas próprias vidas. As cerimônias de abertura e fechamento são planejadas para se adequarem à natureza do grupo em particular e dá oportunidade para a reação/resposta cultural (Pranis, 2011, p.20).

Contudo, os círculos não são neutros, despidos de valores, eles são estruturados por valores partilhados pelo grupo. Nesse sentido, a efetividade do processo circular está ancorada na premissa de que os seres humanos possuem o desejo universal de estarem ligados uns aos outros (Pranis, 2010, p.39). Os Elementos estruturantes e intencionais dos círculos possuem a função de reafirmar este desejo de interligação entre os sujeitos. Nesta perspectiva, as decisões tomadas no círculo, em especial o plano restaurativo somente terá efetividade se houver o compromisso de todos os envolvidos na tomada de decisão em cumprir com o acordo estabelecido, pois o cerne dentro da perspectiva de resolução de conflitos está no processo decisório consensual.

No círculo as decisões são tomadas por consenso. Isto não significa que todos terão entusiasmo em relação a determinada decisão ou plano, mas é necessário que cada um dos participantes esteja disposto a viver segundo aquela decisão, bem como apoiar sua implementação.

Antes de discutir a missão do grupo em si, é preciso conhecer todos os participantes e construir relacionamentos independentemente da tarefa do grupo. Metade do tempo do encontro poderá ser gasto criando-se base para um diálogo profundamente honesto em torno do conflito ou dificuldade que acontecerá na etapa seguinte. Discutir valores, criar linhas-mestras que orientem o trabalho, partilhar aspectos desconhecidos sobre si mesmo – tudo isto é parte da preparação do alicerce para um diálogo que mobilizará os participantes emocional e espiritualmente, além de intelectualmente (Pranis, 2010, p.27-28).

Portanto, o reestabelecimento do diálogo entre os pares parentais, através das práticas restaurativas vai depender da vontade colaborativa entre as partes envolvidas no processo circular restaurativo. O espaço dos círculos cria um ambiente propício para que seja vencida a dor, a raiva, o medo e o rancor, sentimentos comuns nos conflitos quem envolvem o fim do enlace amoroso. Contudo a cultura ocidental beligerante vai na contramão da proposta colaborativa dos processos circulares de construção de paz.

O processo em Círculo baseia-se num conceito simples: Pelo fato de todos desejarem ter um bom relacionamento com os outros, quando se cria um espaço respeitoso e reflexivo, as pessoas conseguem encontrar um ambiente comum vencendo a raiva, a dor e o medo, por fim chegando a uma condição em que o cuidado mutuo é natural. A prática, entretanto, não se mostra tão simples quanto parece o conceito. Nossa cultura estimula de muitas maneiras a separação, a demonização daqueles que discordam, a competição, a hierarquia e a dependência de especialistas para resolver problemas. Essas tendências atuantes em nossas vidas coletiva possuem uma inércia poderosa, que vai na direção oposta àquela dos círculos (Pranis, 2010, p.84-85).

Desta feita, a efetividade do processo circular de construção de paz, dentro dos conflitos familiares vai depender da adesão dos pares parentais para o novo olhar restaurativo a ser implementado no plano de parentalidade colaborativamente construído no círculo. Contudo a competitividade e o espírito belicoso que permeia o seio social pode impedir a construção do acordo ou plano restaurativo e os pares parentais recorram para o acesso à justiça tradicional, ou seja, procurem um advogado para ingresso de uma ação judicial tradicional.

Assim, quando o par parental procura a consultoria jurídica de um profissional que possui uma atuação especializada em família e atua através advocacia colaborativa, este genitor encontrará apoio de uma equipe multidisciplinar que está voltada para a elaboração de acordos de parentalidade com concessões múltiplas e com compromisso não litigiosidade. Contudo torna-se mister discorrer sobre o exercício da advocacia colaborativa no Brasil para identificar como essa nova abordagem do patrono das ações judiciais pode contribuir para a elaboração de um plano de parentalidade que propicie a efetivação da natureza dialógica da guarda compartilhada e, dessa forma, ser concretizado os fins desta modalidade de convívio parental, qual seja, o efetivo convívio dos filhos com ambos os pares parentais.

5.4 Advocacia colaborativa

O tratamento dos conflitos familiares através das práticas tradicionais da advocacia, que concebe o litígio como um campo de guerra no qual os pares parentais estão em disputa de quem vai ganhar ou perder a lide, tem demonstrado, ao longo dos anos, ser um grande fracasso dentro da nossa sociedade, pois as demandas têm aumentado na mesma proporção que aumenta a insatisfação e falta de credibilidade nas decisões judiciais.

Proporcional a uma crescente judicialização dos conflitos familiares está a insatisfação com as pretensas soluções. A busca pela melhor solução no caso concreto à luz do diálogo e das recíprocas concessões, ao invés da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juiz, mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. (Multedo, 2022, p.99)

Quando a família entra em colapso, o primeiro profissional a ser acionado é o advogado, isto é, “perante um conflito, qualquer pessoa escolhe, e tem por primeira

opção, procurar um advogado para aconselhar e enquadrar juridicamente a sua situação de facto, seja em termos matrimoniais ou parentais” (Pereira, 2022, p.104). De maneira que a postura deste profissional diante da situação de conflito vai contribuir a forma como será conduzida a contenda.

O advogado é, assim, o “primeiro juiz”, devendo alertar o seu representado para todas as questões de fato e de direito, mas apontando essencialmente os caminhos para alcançar um acordo, em nome da harmonização do relacionamento familiar que, entretanto, se desfez.

Assim, entendemos que é fundamental que o advogado se comprometa com a atual necessidade do direito da família e das crianças, exercendo a sua atividade de uma forma cuidadosa e sensata, em detrimento de uma postura combativa e acintosa, que apenas acentuará o conflito já existente (Pereira, 2022, p.104).

Nesta perspectiva, os advogados devem ter uma postura conciliatória especialmente diante de um conflito de cunho íntimo familiar, visto que estes conflitos são multifatoriais e envolvem a seara mais íntima do ser humano, interferindo diretamente no seu desenvolvimento dentro do seio da sociedade. Insta mencionar que a mudança nas configurações familiares também requer uma mudança no tratamento dos conflitos que surgem dentro deste micro espaços de poder. Assim, a advocacia colaborativa torna-se a forma de abordagem mais apropriada que deve ter o patrono diante de uma demanda que chega à sua tutela. Portanto, é necessário discorrer como surgiu esta forma de advocacia dentro de nossa sociedade.

Os primeiros registros de prática da advocacia colaborativa ocorreram no Estado Unidos, quando o renomado advogado Stuart Webb, reconhecido dentro da área de família, percebeu que os resultados que obtinha nos processos judiciais não atendiam aos anseios de seus clientes, pois mesmo vencedores nas causas não tinham satisfação com o desfecho judicial da lide. Desta feita, a insatisfação dos seus clientes com o desfecho jurisdicional impulsionou Webb a mudar sua prática nos conflitos familiares, ele continuou a atuar como advogado empenhado na defesa dos interesses dos seus patronos, mas o foco do seu trabalho passou a ser a formulação de acordos, com a renúncia de levar a lide ao judiciário (Paiva *et al.*, 2014). Surge assim a primeira regra da advocacia colaborativa: a vedação de ambas as partes envolvidas no acordo de levarem a lide já decidida pela via colaborativa para a apreciação judicial.

Em meados da década de 90, a psicóloga Peggy Thompson agregou seus conhecimentos de psicologia ao processo de elaboração de acordo em conflitos familiares levados à apreciação das práticas da advocacia colaborativa, fazendo um aprimoramento na metodologia utilizada por Stuart Webb.

[...] a psicóloga Peggy Thompson agregou uma importante inovação à Prática: ampliou a ideia original de Webb e incluiu a ela profissionais de outras áreas, formando assim uma equipe interdisciplinar, que passou a contar com profissionais de saúde (psicólogos, assistentes sociais e terapeutas) e consultores financeiros, além dos advogados. Essa parceria e complementaridade possibilitou um enfoque múltiplo do conflito, dando assim origem, na década de 1990, à chamada Collaborative Practices, ou Práticas Colaborativas. A Advocacia Colaborativa então figura como uma forma de resolução de conflitos na qual as partes estão assessoradas por uma equipe interdisciplinar na condução do processo colaborativo. Por meio do diálogo se objetiva assistir e ajudar a todos os membros daquela família a enfrentarem o momento de crise e transição, buscando dar suporte jurídico, emocional e financeiro para que construam novas dinâmicas familiares de maneira mais adequada (Paiva *et al.*, 2014, p. 295)

No Brasil, tem-se registro da advocacia colaborativa a partir de 2011, quando alguns advogados começaram a colocar em prática os princípios e valores desta forma de resolução de conflitos. Este grupo de advogados, no ano de 2013 receberam o prêmio *innovare*, que consagra projetos judiciais que colaboram com a melhoria do poder judiciário nacional. No ano seguinte foi criado o Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC). Contudo somente em 2022 foi apresentado um projeto de lei de autoria do deputado federal Tulio Gadelha para inserir em nossa legislação processual civil, formalmente, as práticas colaborativas.

As Práticas Colaborativas foram criadas no início dos anos 1990, pelo advogado norte-americano Stuart Webb, em decorrência dos efeitos negativos e desgastantes que os litígios judiciais causavam às partes. Ingressaram no Brasil em 2011 e, com a união de profissionais do Rio de Janeiro e de São Paulo, em 2013, receberam o Prêmio *Innovare* na categoria Advocacia, com o texto “Práticas Colaborativas no Direito de Família”, nascendo, no ano seguinte, o Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas – IBPC, que já capacitou inúmeros profissionais das áreas do Direito, Saúde e Finanças (Gadêlha, 2022, p.).

O projeto de lei que trata da advocacia colaborativa é o projeto nº 890/2022, que ao ser apreciado pela mesa da câmara dos deputados teve uma pequena alteração no texto normativo, deixando de ser um projeto de lei para a promulgação de uma lei autônoma para passar a ser uma alteração na lei de mediação e no código de processo civil (Câmara dos Deputados do Brasil, 2024). A alteração nos

dispositivos do projeto foi justificado pelo relator, deputado Aureo Ribeiro, nos seguintes termos:

Uma das inovações do texto aprovado em relação ao original foi incluir as modificações na Lei de Mediação, em vez de criar uma nova legislação. Segundo Ribeiro, o objetivo é evitar quebra de sistematicidade do sistema processual. Ele também ressaltou que a lei que trata de mediação, por ter semelhança com o método colaborativo, pode incorporar os dispositivos da proposta (Comissão [...], 2022).

Dessa forma, a advocacia colaborativa, inserida dentro do rol das práticas colaborativas de resolução autocompositiva dos conflitos, não possui em nosso ordenamento uma legislação específica. Práticas voltadas para a realização dos acordos colaborativos são efetivas desde 2011, e o Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, agrega normativas, como o código de ética e conduta dos profissionais colaborativos associados (IBPC, 2022), que podem contribuir para a atuação dos profissionais interessados na execução de tais metodologias. Porém, repisa-se que a legislação propriamente dita ainda está em pauta para votação em nosso poder legislativo nacional.

Sendo a advocacia colaborativa um método adequado de tratamento dos conflitos familiares que possuem o objetivo de solução autocompositiva e dialógica dos mesmos, torna-se mister fazer uma breve explicação de como pode ser concretizada nos conflitos interpessoais, em especial nos conflitos pós rompimento da conjugalidade quando restam filhos em comum e que necessitam de um convívio parental com ambos os pais, o objeto de estudo deste trabalho.

Uma das características diferenciadoras da prática colaborativa em face das demais formas de tratamento adequado dos conflitos é a previsão de participação da equipe multidisciplinar durante as reuniões conciliatórias.

A interdisciplinaridade é a característica que diferencia as Práticas Colaborativas dos demais meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, em razão da atuação da equipe colaborativa, formada por profissionais de diversas áreas do conhecimento. Além dos advogados, a equipe colaborativa pode contar com a participação de médicos, terapeutas, mediadores, contadores (neutro financeiro), a depender da complexidade do caso (Melo, 2023, p.49).

A participação de profissionais de diversas áreas do conhecimento no processo faz com que as partes tenham segurança na construção de um acordo ou plano de parentalidade, pois tem-se discurso de “autoridade” oriundo de profissional

da área, ou seja, nos conflitos que envolve a estipulação do regime de convivência parental o assessoramento multidisciplinar vai demonstrar aos envolvidos o olhar de profissionais de áreas como saúde mental, jurídica e financeira que permeiam os conflitos de natureza familiar. Contudo, reafirma-se, que o primeiro profissional a ser procurado é o advogado, por isso a advocacia colaborativa deve direcionar o conflito para a metodologia das práticas colaborativas.

[...] os advogados, peças fundamentais no processo colaborativo, pois são, quase sempre, o primeiro contato que o cliente tem com o instituto das Práticas Colaborativas, assinam uma cláusula de não litigância, que os desqualifica para o litígio, caso as partes não cheguem a um acordo colaborativo. Assim, os advogados colaborativos que representam seus clientes no procedimento não podem ingressar em juízo representando-os, caso não haja desfecho para o conflito por meio da utilização das Práticas Colaborativas (Melo, 2023, p.49).

Dentro da prática colaborativa, na área da Advocacia, ambas as partes estará assessorada por advogados, isto é, cada um dos pares parentais terá o seu patrono, e estes se comprometem em assinar um acordo de colaboração no qual possui a cláusula de não litigância. Esta peça de compromisso assinado por ambas as partes faz com que os esforços em achar uma solução conciliatória seja mais efetiva, pois não chegando ao acordo, ambos os patronos que participaram das práticas colaborativas não poderão levar a lide ao judiciário.

Na Advocacia Colaborativa, os clientes, mesmo desconhecendo se vão conseguir por meio do diálogo a solução de seus conflitos, devem desejar isso com firme propósito, o que vai possibilitar a assinatura de um acordo de participação, entre eles e seus respectivos advogados. O dito termo será assinado por todos no início dos trabalhos e nele ficará expressamente estabelecido que, em caso de necessidade de ingressarem em feitos litigiosos, as partes deverão procurar outros advogados, pois aqueles que atuaram no processo colaborativo estarão impedidos de assim proceder, em função do acesso transparente a dados de ambas as partes (Paiva *et al.*, 2014, p. 287).

Por se tratar de um instituto relativamente novo em nossa sociedade e em processo de normatização dentro do congresso nacional (Câmara dos Deputados do Brasil, 2024), as diretrizes para a sua prática podem ser compreendidas através do estudo comparado e das regras estabelecidas tanto pelas seccionais da OAB que possuem adesão à prática como pelas diretrizes elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Neste último temos estabelecido como diretrizes o seguinte:

Práticas Colaborativas consistem em um processo estruturado e voluntário, com enfoque não adversarial e interdisciplinar na gestão de conflitos, no qual as partes e as/os profissionais assinam um Termo de Participação se comprometendo a negociar de boa-fé, levando em consideração os interesses de todas/os, sem recorrer a um tribunal ou terceiro que imponha uma decisão, e, no caso de não chegarem a um acordo ou decidirem encerrar a negociação, as/os profissionais devem finalizar sua prestação de serviços. Todos devem ser transparentes quanto às informações relevantes, podendo contratar especialistas neutras/os, para obter assistência na resolução de problemas. O processo permite o uso de outros métodos consensuais, como a mediação, para facilitar as negociações (IBPC, 2022).

A alteração do projeto de lei que prevê a criação das Práticas Colaborativas, ao agregar o meio dentro da lei de mediação poderá gerar confusão em sua aplicabilidade, contudo estas constatações somente posteriormente poderão ser levantadas. Neste ponto resta ressaltar que a utilização dos esforços da equipe multidisciplinar na elaboração de acordos entre as partes pode propiciar o efetivo diálogo entre os pares parentais e, conseqüentemente, a aplicabilidade efetiva do regime de convivência parental compartilhado, como já mencionado, que seja concretizado no plano fático ou concreto o regime de guarda compartilhada.

Entretanto, mesmo com a utilização das diversas formas de tratamento do conflito, tais como a mediação, praticas restaurativas ou a advocacia colaborativa, pode resta sem sucesso a efetivação do dialogo entre os pares parentais e o conflito ainda assim se levado aos tribunais, dessa forma resta ao Estado-juiz definir a situação, levando em consideração o melhor interesse dos filhos, o que será analisado a seguir

6 A INDISPONIBILIDADE DOS PAIS AO DIÁLOGO: PREJUÍZO AOS FILHOS

Quando um dos pares parentais não está disposto a dialogar com o outro ex consorte os filhos são os principais prejudicados, pois a animosidade entre os entes parentais é um dos principais fatores dos conflitos pós conjugalidade. Logo, a indisponibilidade dos pais ao diálogo pode estar levando ao permanente conflito entre os genitores e, conseqüentemente, gerando prejuízo no desenvolvimento dos filhos e a inexecutabilidade fática do convívio parental conjunto.

[..] é preciso reconhecer que um ambiente de discórdia e conflito entre os pais é realmente comprometedor da efetividade da guarda compartilhada, fadando-a a permanecer como situação teórico-jurídica sem correspondência concreta. A ausência de disposição para o auxílio mútuo é um fator realmente capaz de prejudicar a realização dessa guarda e a preservação do interesse da criança e do adolescente (Almeida; Rodrigues Junior, 2023, p.596)

Recorda-se que no processo de separação conjugal existem vários conflitos que obstaculizam o diálogo entre os pares parentais. Tais conflitos podem ser tratados através os meios autocompositivos, como mediação familiar, praticas restaurativas ou advocacia colaborativa, já explanados anteriormente. Contudo pode acontecer desses meios autocompositivos não conseguirem reestabelecer o diálogo entre os ex cônjuges e o conflito permanecer. Como consequência, a lide sobre o estabelecimento do convívio parental será direcionada para apreciação dos magistrados.

Chegando para deliberação jurisdicional, conforme já explanado, o estabelecimento do regime de guarda dos filhos, estando ambos os pares parentais aptos ao exercício do poder familiar, o juiz, de acordo com a legislação civil (Brasil, 2002, artigo 1584, inciso II, parágrafo 2º), estabelecerá o regime de guarda compartilhada. Contudo, ao ser estabelecido o regime de convivência parental conjunto, legislativamente previsto como guarda compartilhada, se não existe o diálogo entre os pares parentais é só uma nomenclatura para algo que não é efetivo. Logo, não havendo diálogo entre os pares parentais, tem-se instalado o regime de convivência parental isolado, mesmo que seja concedida guarda compartilhada. E, a efetividade do convívio com ambos os pares parentais terá uma quebra e isolamento, o que prejudicará o desenvolvimento dos filhos, pois o regime de guarda alternada propicia mais prejuízos do que benefícios.

Portanto, não sendo reestabelecido o diálogo entre os pares parentais, o regime guarda a ser aplicado, nos termos da nossa legislação, deveria ser a guarda unilateral a ser deferida em favor do parental que durante as tentativas de efetivação do diálogo estava disposto a realizar um plano de parentalidade dialogado. Conforme será explicado a seguir.

6.1 A determinação do regime de convivência parental isolado: guarda unilateral deferida ao par parental disposto ao diálogo.

Preliminarmente cabe reafirmar que regime de convivência parental é a nomenclatura mais apropriada para se referir ao exercício das prerrogativas advindas da autoridade parental. Contudo nossa legislação ainda sob inspiração do patriarcalismo e coisificação da pessoa dos filhos no seio da família permanece com a nomenclatura de poder familiar e guarda para referir-se, respectivamente à autoridade parental e ao convívio parental.

Rememorado estes aspectos, o direito civil traz 02 modalidades de convívio parental que é a guarda unilateral e a guarda compartilhada (Brasil, 2002, artigo 1583). Logo, ao magistrado é facultado decidir apenas uma destas modalidades quando receber uma demanda sobre o estabelecimento do regime de convívio parental, ou seja, poderá determinar unilateralmente o convívio conjunto, guarda compartilhada, ou o convívio isolado, guarda unilateral. Assim, conforme já explicado alhures, a legislação, apesar de mencionar a nomenclatura arcaica de guarda, quer estabelecer, na realidade, as formas de convivência que os filhos terão com os pais após o fim do enlace conjugal.

Isto decorre do fato, já explicado, de que em nada altera a concessão de uma ou outra modalidade de guarda em relação ao exercício do poder familiar, a única diferença perceptível, faticamente, é na influência e intensidade que o par parental guardião único possui em detrimento do outro par parental, por isso reafirma-se que mais adequado do que regime de guarda seria a utilização do vocábulo convívio parental.

E ainda, recordando-se que o direito a convivência com ambos os pais é um direito fundamental das crianças e adolescentes e não um troféu aos pais que “venceriam” uma disputa. Portanto, o juiz deve verificar no caso concreto qual das modalidades de guarda poderá propiciar aos filhos o melhor convívio com os pais.

Em outras palavras, o magistrado deve apreciar em qual dos regimes de convivência: conjunto ou isolado, de acordo com a demanda apresentada, atenderá ao melhor interesse dos filhos.

Nesse sentido, quando inexistir a possibilidade de diálogo, tem-se um regime de convivência isolado, mesmo que formalmente exista uma sentença de concessão de guarda compartilhada, pois quando os pais não conseguem travar um diálogo sadio entre si estaremos diante de um regime de convivência isolado que faticamente realiza a modalidade de guarda alternada, que, conforme já se demonstrou que trará várias consequências negativas para o desenvolvimento psicológico dos filhos.

O estímulo para a convivência pacífica deverá ser promovido pelo Estado através dos meios adequados de tratamentos dos conflitos, pois a realização do desenvolvimento físico e mental sadio dos filhos depende da sua interação com ambos os pares parentais, que deverão unir esforços para que o diálogo seja concretizado. Esta postura é que o Estado deve propiciar, especialmente através do poder judiciário que necessita desenvolver uma abordagem cada vez mais conciliatória e não adversarial.

A conscientização da sociedade e não só do meio jurídico se mostra fundamental para essa mudança de paradigma. Não deve ser mais os advogados representantes de seus clientes, mas sim assessores e facilitadores que tem como função a condução responsável no processo de construção do consenso (Multedo, 2022, p.98).

Se os pares parentais não conseguirem obter o consenso dentro dos meios adequados e não jurisdicionais de tratamento dos conflitos, o poder judiciário deve voltar-se para que seja estabelecido o acordo.

É preciso que a sociedade, os profissionais e o judiciário reconheçam e valorizem as conquistas obtidas, façam bom uso delas e estimulem cada família a encontrar seu caminho com autonomia, sabendo que, caso se percam a ponto de não conseguir voltar, poderão contar com o Estado para acertarem o rumo (Multedo, 2022, p.99).

Este retorno em direção à construção de acordos mútuos dentro dos conflitos familiares poderá ser concretizado através dos meios adequados já expostos, contudo não se obtendo êxito nas tratativas pela indisposição de um dos pares parentais, estará demonstrado a natureza conflituosa que este genitor está exercendo diante das contendas com relação aos filhos. Portanto, através da atuação das equipes

interdisciplinares pode-se revelar qual dos pares parentais está obstaculizando a realização da natureza dialógica do convívio parental conjunto. Em ato contínuo o magistrado devera, provisoriamente, conceder ao par parental que está mais propenso ao diálogo a guarda unilateral.

A maior responsabilidade de um pai para com o filho é o exercício responsável da autoridade parental, que consiste na árdua tarefa de educar, criar e assistir. Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atrelados à formação da personalidade do menor, bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara que for (Teixeira apud Valadares; Coelho, 2021, p.52).

Logo, estando ambos os pares parentais aptos para o exercício da guarda compartilhada, mas não havendo o necessário diálogo entre si, deverá o magistrado estabelecer provisoriamente o convívio parental isolado, ou seja, deve ser concedida a guarda unilateral ao par parental que durante o processo litigioso mostrou-se mais aberto ao diálogo com o ex consorte, devendo o par parental que não foi concedido a guarda unilateral com o fito de sua reversão para a compartilhada, buscar os meios para que o diálogo possa ser (re)estabelecido e assim ser concretizado o convívio parental conjunto que beneficiará o desenvolvimento sadio dos filhos oriundos da relação conjugal rompida.

[...] é temerário desvincular a prática da guarda conjunta do diálogo, da disposição dos pais em manterem um elo cordial e respeitoso em consideração de um com os direitos do outro, o que só será possível se superadas todas as experiências e respectivas lembranças dolorosas e negativas do relacionamento afetivo que viveram. Este comportamento não significa, absolutamente, intimidade ou afeto, mas a boa vontade de comungarem esforços pelo bem estar, progresso e felicidade dos filhos (Vale, 2018, p.65).

Em se tratando de disputa na qual ambos os pais reúnem as condições de exercício do convívio parental conjunto, ou seja, que não envolve violência doméstica ou familiar e ambos os pais manifestando o interesse em obter o convívio com os filhos e existindo como obstáculo apenas o fato de não conseguirem realizar uma comunicação efetiva entre si. Deve o magistrado, por se tratar de uma demanda relacionada à esfera íntima dos envolvidos, valer-se do auxílio necessário da equipe multidisciplinar para que seja apurado qual dos pares está indisposto ao diálogo. Uma ferramenta que pode ajudar nestas investigações é a realização da escuta especializada da(s) crianças e/ou adolescente(s) envolvidos na disputa, de acordo com os dispositivos previstos na Lei 13.431 de 04 de abril de 2017 (Brasil, 2017)

que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) e disciplinou a forma especializada da escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crime e inaugurou no ordenamento nacional o depoimento especial, pois pode estar ocorrendo violências psíquicas não detectadas nas narrativas judiciais. Nesse sentido inclusive foi aprovado um protocolo no Conselho Nacional de Justiça que dispõe da necessidade da realização da oitiva especializada de crianças e adolescentes em casos de família onde exista suspeita de alienação parental ou bullying parental ou distanciamento realista (CNJ aprova [...], 2024).

Portanto, a concessão provisória da guarda unilateral ao par parental que está disposto ao diálogo poderá propiciar a busca, pelo outro par parental que não estava propenso ao diálogo, de uma postura não conflitiva e, conseqüentemente eivar esforços para sanar as divergências com o outro par parental. E isto não significa reatar os laços conjugais, mas sim retomar a sua parentalidade de maneira plena. E ainda, insta mencionar que, a promoção do diálogo entre os pais poderá ser uma prevenção da ocorrência da Síndrome da Alienação Parental que corriqueiramente acontece nos seis familiares em que existem conflitos não resolvidos.

O par parental que não se dispõe a sanar as divergências e construir uma parentalidade sadia pode ser o promotor das práticas alienadoras e depreciativas em relação ao ex cônjuge, o qual possui divergências e feridas não sanadas. Por isso a precaução do estado em conceder, de maneira provisória, da guarda unilateral ao par parental apresenta melhores condições de reaproximar-se do ex consorte e realizar o liame comunicacional mínimo, para que, posteriormente o par parental indisposto ao diálogo possa mudar sua postura conflitiva e realizar a comunicação mínima necessária ao desenvolvimento dos filhos em comum.

Portanto a decisão judicial de conceder a guarda unilateral provisória é uma maneira do poder judiciário pressionar a realização da harmonização entre os pares parentais que devem possuir uma clara distinção entre a conjugalidade e a parentalidade, e assim possa desenvolver seu papel de pai de forma a garantir o desenvolvimento sadio dos filhos após o fim do enlace amoroso.

7 CONCLUSÃO

A guarda compartilhada é a modalidade de convívio parental que propicia a participação efetiva de ambos os pares parentais no crescimento e desenvolvimento dos filhos após o fim do enlace amoroso dos pais, ou mesmo quando os pais não chegaram a ter um convívio matrimonial efetivo.

Por ser uma modalidade de convívio parental relativamente recente dentro do direito brasileiro, diversas dúvidas sobre sua natureza permeiam as práticas judiciais sobre a matéria, num primeiro momento a guarda compartilhada era compreendida como uma facultatividade a ser pleiteada apenas pelos pares parentais que tivessem o anseio de conviver com os filhos após o fim do relacionamento conjugal. Contudo devido a uma pouca procura neste momento, o legislador, com vistas a fazer valer o direito dos filhos em conviver com ambos os pais após o fim do relacionamento amoroso tornou a regra, mesmo quando não existir acordo entre os pais.

Na falta de acordo dos pais sobre o exercício da guarda compartilhada, em várias decisões judiciais houve uma divisão matemática do tempo em que cada par parental permaneceria com o filho. Contudo tal prática passou a destoar o objetivo da norma, pois criou um ambiente em que o filho estava convivendo em 02 lares com regras e deliberações diversas, gerando um cenário mais próximo da guarda alternada do que da guarda compartilhada.

Dessa forma emerge o questionamento sobre a natureza dialógica da guarda compartilhada. Dentro do texto normativo não há previsão da necessidade de diálogo entre os pais para que fosse estabelecido judicialmente o regime de guarda compartilhada. O legislador ateve-se apenas em estabelecer que se ambos os pais estivessem aptos e desejassem o convívio com o filho seria concedido o regime compartilhado de guarda. Contudo a complexidade surge no seguinte aspecto: como compartilhar o convívio com o filho sem que exista diálogo entre os pares parentais?

A jurisprudência sobre vem evoluindo no sentido de que o liame comunicacional efetivo é necessário para que concretamente a guarda compartilhada possa ser efetivada na sociedade brasileira, nesse sentido a alteração recente do código civil que criou novo óbice para a aplicabilidade judicial desta forma de convívio parental, em caso de violência ou ameaça de violência. Este fato demonstra que a animosidade os pares parentais já é requisito taxativo que obsta a concessão do compartilhamento do convívio parental.

Casos concretos de guarda compartilhada sem o efetivo diálogo entre os pares parentais demonstrou uma dualidade na formação dos filhos envoltos na celeuma que pode levar inclusive ao adoecimento pela falta de um referencial estável entre os cuidadores, conforme demonstrado no tópico 4.3: a imprescindibilidade do diálogo para a efetividade da Guarda Compartilhada.

Por conseguinte, foi demonstrado que a utilização dos meios adequados de tratamento dos conflitos pode ser o caminho em que os operadores do direito podem trilhar para que seja (re)estabelecido o diálogo necessário à concretude material do convívio parental conjunto, isto é, para a efetividade da guarda compartilhada. No nosso ordenamento processual civil as formas colaborativas e autocompositiva de resolução dos conflitos foram eleitas como princípios norteadores, nesse sentido, dentre os meios adequados de tratamento dos conflitos familiares 03 tipos demonstrar maior efetividade: a mediação, as práticas restaurativas e a advocacia colaborativa.

A mediação já está prevista dentro do processo civil como etapa previa dentro dos processos relacionados ao direito de família, que é a mediação familiar. Contudo em situações nas quais os conflitos possuem uma complexidade maior, as práticas restaurativas, em especial os processos circulares de construção de paz, mesmo sem ter previsão expressa nos textos normativos, poderá ser um instrumento eficaz na reconstrução do liame comunicacional necessário quando se trata de exercício do poder família, ou como modernamente devemos compreender: no exercício da autoridade parental.

Já a Advocacia Colaborativa, que possui um custo maior para as partes, pois cada ente parental deve contratar um advogado colaborativo e sua equipe multidisciplinar para que a seja construído conjuntamente um plano de parentalidade com a assessoria de outras áreas do conhecimento, tais como a psicologia, a saúde mental e a assessoria financeira. Ressalta-se que as práticas colaborativas, que envolve todo o processo iniciado na advocacia colaborativa, estão em debate no legislativo para sua inclusão em nosso ordenamento. O fator que impulsiona ambos os patronos colaborativos a eivar esforços no sentido de garantir um plano de parentalidade colaborativo está no impedimento que os advogados possuem de não poder litigar judicialmente para qualquer uma das partes envolvidas no pacto de não litigância. Com isso todo esforço está na construção de um liame comunicacional efetivo e que será executado por ambos os pares parentais.

Contudo, os pares parentais podem não ter chegado a um acordo e nem (re) estabelecido o diálogo necessário para o compartilhamento do convívio parental. Logo, caberá ao juiz decidir, de maneira residual e unilateral a demanda. Neste ponto o presente propõe que seja concedida, ao menos provisoriamente, a guarda unilateral ao par parental que estiver mais disposto ao diálogo. O outro par parental para obter o convívio efetivo com o filho deverá estar disposto ao entendimento com o ex consorte para que seja revertida a determinação judicial e então possa ser estabelecido o regime de convivência conjunta, guarda compartilhada.

Em outra frente, propõe-se que o legislador faça uma alteração no texto normativo para determinar que o magistrado estipule o regime de Guarda Unilateral, de forma provisória, na situação em que ambos os pais reunissem as condições de exercício da guarda compartilhada, isto é, ambos requerendo a guarda do filho em comum e não havendo probabilidade de violência doméstica e familiar. Assim, o juiz poderia conceder ao par parental que estava disposto ao diálogo o regime de convivência parental isolado, guarda unilateral, deixando o outro genitor advertido que se demonstrar interesse em comunicar-se efetivamente com o ex consorte poderá reverter a medida para guarda compartilhada. Acredita-se que tal medida legislativa poderia estimular a cooperação entre os ex consortes para que seja reestabelecido o diálogo imprescindível para a efetividade da guarda compartilhada, visto que esta modalidade de convívio parental é a que melhor concretiza o direito dos filhos à convivência com ambos os pares parentais.

Portanto, pode-se afirmar que a guarda compartilhada possui natureza dialógica para sua efetividade material, pois não adianta ser estabelecido verticalmente o regime de guarda compartilhada e as deliberações dos pares parentais em relação aos filhos em comum serem divergentes. Assim, a mudança legislativa tanto para esclarecer que a guarda compartilhada necessita do diálogo entre os ex pares conjugais como para conceder provisoriamente a guarda unilateral ao par parental disposto ao diálogo são medidas necessárias para que o tratamento dos conflitos familiares seja feito, prioritariamente, de modo autocompositivo. Pois somente os envolvidos na família podem traçar um plano de parentalidade adequado às suas necessidades. Uma mudança na forma de olhar o conflito familiar torna-se urgente, pois não pode ser tratado de forma adversarial, mas sim de forma colaborativa/ restaurativa tendo em vista que esta lente respeita as necessidades de cada pessoa do núcleo familiar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023.

ANCIÃS, Alexandra; AGULHAS, Rute; CARVALHO, Rita (Coord). **Divórcio e Parentalidade: diferentes olhares: do direito à psicologia**. 2. ed. Lisboa-Portugal: Silabo, 2022.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiros**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D`Plácido, 2021.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Conceito e técnicas. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes (Coord.). **Negociação, Mediação, Mediação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Paulo Eduardo Alves da Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Brasília, DF: Presidência, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm. Acesso em: 09 ago. 2024.

BRASIL. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional, 1917. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstreams/0d34aaeb-7a74-4d1d-a22c413ae4cb0f5f/download>. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência, 1962. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 21 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência, 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art1584. Acesso em: 09 ago. 2024

BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1583, 1584, 1858 e 1634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei 13.105, de 20 de junho de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei 13.140, de 20 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13140.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.140%2C%20DE%2026%20DE%20JUNHO%20DE%202015.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20%C2%A7%202%C2%BA%20do%20art. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. **Lei 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a lei 8069, de 13 de julho de 1990. (Estatuto da criança e do adolescente). Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.713 de 30 de outubro de 2023**. Altera as Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e nº 13.015, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvem o casal ou os filhos. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14713.htm Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1417868/MG**. Relator Ministro: João Otavio de Noronha. 10 maio 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&operador=E&livre=%28%28+%28compartilh%24+prox4+guarda%29+com+%28%28transigen%24+ou+consenso+ou+acordo+ou+potesta%24+ou+discrionarie%24+ou+vontade%29+com+%28pais+ou+genitores%29%29+e+%40dtpb%3E%3D%2720160101%27%29%29+E+%40CDOC%3D%271542342%27>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma) **Recurso Especial nº1878041/SP**. Relator Ministro: Nancy Andrighi. 25 maio 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&operador=E&livre=%28%28+%28compartilh%24+prox4+guarda%29+com+%28%28transigen%24+ou+consenso+ou+acordo+ou+potesta%24+ou+discrionarie%24+ou+vontade%29+com+%28pais+ou+genitores%29%29+e+%40dtpb%3E%3D%2720160101%27%29%29+E+%40CDOC%3D%272060263%27>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRITO, Marcella Mourão de. **Manual de mediação de conflitos**: de acordo com o CPC de 2015. Fortaleza-CE: Ed. da autora, 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Separação conjugais e divórcio**. 12 ed. rev. ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Ofício nº164/2024/PSGSE**. Brasília-DF: Câmara dos Deputados. 04 de maio 2024. Assunto: Envio de Proposição para apreciação do Senhor Primeiro-Secretário. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2421110&filename=Tramitacao-PL%20890/2022. Acesso em: 23 out. 2024.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Moura. **Família, Separação e Mediação**: uma visão psicojurídica. 4. ed. rev. ampl. Curitiba-PR: Editora CRV, 2017.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Ediora Revista dos Tribunais, 2003.

COMISSÃO aprova projeto que regulamenta o uso de práticas colaborativas na resolução de conflitos: A proposta poderá seguir ao Senado, a menos que haja recurso para votá-la no Plenário da Câmara. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília-DF, 01 de dez. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1021784-COMISSAO-APROVA-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-O-USO-DE-PRATICAS-COLABORATIVAS-NA-SOLUCAO-DE-CONFLITOS>. Acesso em: 20 set. 2024.

CNJ APROVA protocolo de escuta especializada em casos de alienação parental. IBDFAM [online], Belo Horizonte, 18 set. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/12222/CNJ+aprova+protocolo+de+escuta+especializada+em+casos+de+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental#:~:text=O%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a,Extraordin%C3%A1ria%20de%202024%20do%20C3%B3rg%C3%A3o>. Acesso em: 20 dez. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 20 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2017.

FAGUNDES, Marluce Dias. O “defensor das causas das mulheres”: os projetos de Lei do Divórcio, de Nelson Carneiro (1951-1977) **Antíteses**, v.14, n.28, p 543-574. 2021 DOI:10.5433/1984-3356.2021v14n28p253. Disponível em:<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/42876> Acesso em 31 jul. 2024.

FIGUEIREDO, Luiz Guilherme Buchmann. **A mediação nos conflitos familiares: conceitos, técnicas e pessoas**. Florianópolis-SC: [s. n.], 2019.

FRÓES, Iara Alves Etti. **O conceito de Justiça Restaurativa no Direito Brasileiro**. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG, 2023.

GADÊLHA, Túlio. **Projeto de Lei nº 890/2022**. Institui e disciplina as Práticas Colaborativas como método extrajudicial de gestão e prevenção de conflitos. Brasília: Câmara dos Deputados, 11 abr. 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2157126&filename=PL%20890/2022. Acesso em: 03 out. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, Walcyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

GONTIJO, Ana Carla de A. Pacheco; PACHECO, Fernanda Albuquerque. **A mediação para a resolução de conflitos de acesso à justiça**. [S. l.: s. n.]; 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Focos, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PRATICAS COLABORATIVAS (Brasil). **Padrões Éticos e Requisitos Mínimos para profissionais colaborativos**, Rio de Janeiro - RJ: IBPC,2022. Disponível em: <https://praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2025/01/PADROES-ETICOS-IBPC-2022.pdf> Acesso em: 20 nov. 2024.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento adequado dos conflitos. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação, mediação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MELO, Fernanda Banhos Carneiro. **Acesso à Justiça e Práticas Colaborativas**: mudança cultural no ensino jurídico para a efetivação da garantia constitucional da duração razoável do processo. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2023.

MORAIS, José Luis Bolzan de e SILVEIRA, Anarita Araujo da. Outras formas de dizer o direito. *In*: WARAT, Luis Alberto (org.) **Em nome do acordo**: mediação no direito. Florianópolis: EModara, 2018.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental e Guarda Compartilhada**: um deságio ao Serviço Social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

MULTEDO, Renata Vilela. A Judicialização da Família e a (Des) proteção da pessoa dos filhos. *In*: MENEZES Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Focos, 2022.

OLIVEIRA, Ligia Ziggio de. **Olhares Feministas sobre o direito das Famílias Contemporâneo**: perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Humberto Mendes. **A Relação jurídica parental funcionalizada**: poder familiar e progressiva autonomia da criança e do adolescente. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte-MG, 2022.

PAIVA, Fernanda *et al.* Práticas Colaborativas: uma necessária mudança de paradigma no direito de família. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE, 9., 2014, Araxá-MG. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 279-296. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/305.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2025.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PEREIRA, Rui Alves. O advogado para a família e seu novo papel – responsabilidade por uma cultura de cooperação interdisciplinar. *In*: ANCIÃS, Alexandra; AGULHAS, Rute; CARVALHO, Rita (Coord.). **Divórcio e Parentalidade**: diferentes olhares: do direito à psicologia. 2. ed. Lisboa-Portugal: Silabo, 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MIRANDA, Thiago Alves. Desafios da jurisdição e a aplicação da mediação na busca pela efetivação dos direitos humanos. *In*: ELLWANGER, Carolina; GARCIA, Evandro Carlos (org.) **Mediação e Justiça Restaurativa**: a efetividade da justiça multiportas para o tratamento dos conflitos. Jundiaí-SP: Paco, 2021.

PRANIS, KAY. **Teoria e Prática Processos Circulares de Construção de Paz**. Tradução Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRANIS, KAY. **Círculos de Justiça Restaurativa e Construção de Paz**: guia do facilitador. Tradução Fátima de Bastini, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme-SP: JH Mizuno, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para Resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, Mediação, Mediação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e bem-estar da criança e do adolescente. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Focos, 2022.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autoridade Parental na Multiparentalidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). **Autoridade Parental**: dilemas e desafios contemporâneos 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Focos, 2021.

VALE, Teresinha de Fátima Marques. **A Guarda Compartilhada como medida de prevenção à alienação parental**. São Luís: Esmam, 2018.

XAVIER, Marília Pedroso. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e Autoridade Parental: Por um regime diferenciador. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). **Autoridade Parental**: dilemas e desafios contemporâneos 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Focos, 2021.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. 4. ed. São Paulo: Palas Athrena, 2020.