

MEDIAÇÃO FAMILIAR PARA CASOS DE GUARDA COMPARTILHADA: A ALTERIDADE EM DETRIMENTO DA TOLERÂNCIA

Ricardo Aronne¹

Letícia Ferrarini²

SUMÁRIO: UM PONTO DE TRAVESSIA. 2 A GUARDA COMPARTILHADA SEGUNDO A LEI Nº11.698/2008. 3 A GUARDA COMPARTILHADA CONFORME A LEI 13.058/2014. 4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO DIÁLOGO ENTRE OS GENITORES NOS CASOS DE GUARDA COMPARTILHADA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: A presente análise trata dos casos de guarda compartilhada, a partir da Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, e especialmente da mais nova Lei nº 13.058/2014, que reafirma a implementação do instituto em caso de dissenso entre os pais. Assim, o estudo aborda a guarda compartilhada e sua implementação como regra nos casos de dissolução do vínculo conjugal dos genitores. Por fim, será abordado o instituto da mediação familiar como meio de tratamento dos conflitos que possam surgir em razão da

¹ Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1992), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1998), doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000) e Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, profissional liberal - Ricardo Aronne Advocacia e Consultoria Jurídica, professor convidado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, palestrante da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul e professor - Intituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil Contemporâneo, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucionalização do direito civil, novo paradigma e hermenêutica (Sistemas, Discurso, Transdisciplinariedade, Complexidade e Caos), dignidade da pessoa humana, pensamento tópico sistemático, descodificação e função social. É, também, comentarista e crítico de Direito, Economia, Política e Sociedade na Tv Pampa, afiliada à Rede TV, no programa Câmera Pampa.

² É graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006). Especialista em Direito de Família e Sucessões (2007) e Mestre em Direito pela mesma universidade (bolsista CAPES - 2009). Doutoranda em Direito pela PUCRS. Sócia do escritório Rocha Advogados Associados. Advoga na área cível, com ênfase em responsabilidade civil, obrigações e contratos, assim como na área de direito de família e sucessões. Professora na Graduação da Faculdade de Direito do IPA desde 2013, no curso Especialização em Direito de Família e Sucessões na PUCRS, no curso de Especialização Família e Mediação Familiar na FADERGS, no curso de Especialização em Direito Civil (ênfase em Família e Sucessões) no Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC. Leciona, também, em curso preparatório para o exame de ordem, primeira e segunda fase (IDC e Complexo EAD). Ministra cursos de capacitação e palestras na área de planejamento sucessório e patrimonial. Diretora, para assuntos culturais e universidades, da Escola Superior da Advocacia (ESA/RS). Coordenadora dos cursos de capacitação da ESA/RS - direito de família e sucessões. Diretora executiva do IBDFAM/RS.

aplicação da guarda compartilhada de crianças e adolescentes, mesmo nas hipóteses de dissenso.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, família, guarda, guarda compartilhada, filhos, conflito.

FAMILY MEDIATION FOR SHARED GUARD CASES: THE ALTERATION IN DETERMINATION OF TOLERANCE

ABSTRACT: This analysis deals with shared custody cases, based on Law 11,698 / 2008, which amended articles 1,583 and 1,584 of the Civil Code, and especially the new Law 13.058 / 2014, which reaffirms the implementation of the Case of dissent between the parents. Thus, the study addresses shared custody and its implementation as a rule in cases of dissolution of the parents' marital bond. Finally, the institute of family mediation will be approached as a means of dealing with conflicts that may arise due to the application of shared custody of children and adolescents, even in the case of dissent.

KEYWORDS: Mediation, family, guard, shared guard, children, conflict.

1 UM PONTO DE TRAVESSIA

Singrar as tormentosas águas atravessadas no curso do Direito Privado ocidental moderno, na leitura de suas raízes paradigmáticas na prospecção desafiadora dos dilemas da pós-modernidade, importa em uma odisséia desafiadora para qualquer intelecto humano. Ulisses alcança a condição de herói entre os Gregos, pela mais humana das características: a inteligência. E não é fortuita a esquivia do termo razão, pois é pelo indagar de seu viés, no desvanecer de seus caldos modernos, que esse texto asfalta percurso, diante dos pântanos da racionalidade que ainda fundamenta muitos recantos do Direito Civil.

A sociedade brasileira chegou ao ano de 2015 questionando o tema social do menor, ora incrustando uma incisiva polarização em torno da menoridade, dando viés penal para a discussão acerca da formação dos jovens e menores brasileiros. Essa discussão deságua no Legislativo, que volta a arrogar-se no papel, tipicamente moderno, de regulador social, embora acabe de proceder duas sinalizações normativas para o direito de família, cujo real impacto sequer se fez sentir. Referem-se essas, a partir do surgimento da guarda compartilhada, instituída em nível legislativo pela Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, bem assim a Lei nº 13.058/2014, que reafirma sua aplicação, mesmo quando não houver consenso entre os genitores. Aqui ressalta-se um fenômeno surreal para a racionalidade

moderna, em vista que a guarda compartilhada repercute de forma intensa nas composições familiares, porquanto se diferencia da guarda unilateral, a qual permanecia sendo aplicada na maioria dos casos, mesmo depois do advento da Lei nº 11.698/2008.

Essa janela de seis anos pode ser iluminada pela desconstrução, na perspectiva de radiografar o papel e o instituto da guarda compartilhada, na esperança uma reposição do tema sob novas lentes e luzes realmente compromissadas com a tutela integral do menor e do jovem, traduzindo na busca de uma unidade e coerência material do sistema jurídico brasileiro, ubicadas no núcleo irradiativo dos direitos fundamentais da, oportunamente, chamada Carta Cidadã.

Emerge em um primeiro plano de possibilidades no tema, com a efetiva implementação dessa modalidade de guarda, o caminho do consenso e do diálogo, pelo qual os genitores deverão adotar posturas construtivas e tolerantes (PEREIRA, 2011), ao menos no que concerne às questões parentais, com vistas ao melhor interesse dos filhos. Repercutir um paradigma com assento na hospitalidade (DERRIDA) em detrimento da tolerância, pode fortalecer o pressuposto do que se percebe na matriz da axiologia da família, que deve alicerçar o discurso jurídico da guarda. Nesse sentido, o texto persegue igualmente enfrentar o instituto da mediação, como forma de tratamento de conflitos que visa à facilitação do diálogo, para que os envolvidos, mormente os pais, ultrapassem as suas dificuldades e consigam readquirir meios e condições para conversar sobre as questões litigiosas e cujo sentido interindividual desafia compreensões solipsistas.

Na busca pela compreensão e devido alcance da temática, o estudo, aborda inicialmente o instituto da guarda compartilhada segundo a Lei nº 11.698/2008, e, posteriormente, a Lei nº 13.058/2014, em vigor desde março de 2015, a qual ganha destaque ao reafirmar a guarda compartilhada como regra quando não houver consenso entre os genitores. Ao final pretende-se abordar a mediação como forma de tratamento dos conflitos familiares, especialmente nos casos envolvendo guarda compartilhada, problematizando a moderna percepção de tolerância que dissolve a fundamental alteridade (LEVINAS), que integra o ser.

Nesse passo, o texto, que teve Ulisses à proa na sua aurora, deve singrar outros mares ao anoitecer, tendo Perseu por guia, não nos céus, porém nos mitos (ARONNE, 2010, 88-91).

2 A GUARDA COMPARTILHADA SEGUNDO A LEI Nº11.698/2008

A modalidade da guarda compartilhada, instituída pela Lei nº 11.698/2008, foi o primeiro passo para uma modificação na cultura parental, eis que, desde que se tornou possível

o divórcio, os casais separados já tinham como certo que teriam de tomar uma importante decisão, qual seja, a quem caberia a guarda dos filhos.

Tornou-se praxe a resolução dos pais no sentido de que a mãe ficasse encarregada pela guarda dos filhos, e o pai, por sua vez, ocupasse a posição de visitante. Costumeiramente as visitas ocorriam em finais de semana alternados, além de um ou dois dias da semana.

Essa decisão era tomada pelo casal com base em uma questão eminentemente cultural, eis que a mulher, antes de chegar ao mercado de trabalho e, com isso, a sua independência financeira, tinha como função principal e muitas vezes exclusiva, o cuidado dos filhos, enquanto o homem trabalhava fora de casa para angariar recursos e sustentar a família.

Segundo Rolf Madaleno, o art. 240 do Código Civil de 1916, com base na Lei nº 4.121/62, correspondente ao Estatuto da Mulher Casada dispunha que “a mulher tinha que assumir, com o casamento, a condição de colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar por sua direção material e moral” (MADALENO, 2012, p. 8).

Além disso, a guarda ficava com a mãe pelo fato de as crianças, especialmente em tenra idade, dependerem da genitora para a amamentação e demais cuidados para os quais, em princípio, a mulher teria condições de melhor exercer em relação ao homem. Conforme Maria Berenice Dias, tratava-se a guarda exclusiva materna de uma questão arraigada no senso comum, eis que “historicamente os filhos ficavam sob a guarda materna, por absoluta incompetência dos homens de desempenhar as funções de maternagem”. (DIAS, 2013, p. 1).

Todavia, com a modificação desse padrão, em que a mãe se dedicava somente aos filhos e o pai ao trabalho externo, muitas mulheres continuaram abarcando a integralidade das tarefas domésticas, realizando, dessa forma, uma rotina de três turnos de trabalho, na rua e em casa.

Alguns casais conseguem dividir as tarefas, quando os pais se incumbem também de alguns cuidados com os filhos, e com o passar dos anos, essa modificação da estrutura do lar vem sendo cada vez mais democrática, com ambos os genitores desempenhando as tarefas referentes aos filhos. Porém, em uma segunda aproximação, adiante desenvolvida, cumpre perquirir: democrática para quem ?

Retomando a perspectiva, da órbita solipsista da tolerância, demorou muito até a legislação brasileira adequar-se à realidade, tendo em vista que, quando um casal se separa, isso diz respeito apenas ao distanciamento entre eles, mas não deve envolver a relação com os filhos. Em outras palavras, findo o vínculo do casal, a relação parental há de manter-se hígida, a despeito dos conflitos conjugais.

Ambos os genitores devem preservar os vínculos com a prole, independentemente da separação, e o convívio intenso e assíduo, interessado e saudável deve continuar ocorrendo.

Nesse sentido a lição de Eliana Riberti Nazareth, ao referir que é o casal se desfaz, mas a relação com a prole perdura para além do fim do relacionamento do casal (NAZARETH, 2009, p. 14).

Por amor a síntese que deve presidir um texto dessa natureza, rememora-se linhas que se teve oportunidade de escrever ao tratar do tema Responsabilidade, onde as sombras do que ora se desenha, ao problematizar-se a “ética da tolerância”, já se prenunciavam, nas lentes da alteridade:

[...] O final do Século XIX encontrava uma modernidade sólida, em muito embalada no paradigma racionalista-mecanicista, em diversos setores embebida no sonho de uma Ciência vislumbrando possível esgotamento. O conhecimento teria praias; o mundo teria limites e fronteiras. Tudo desbravado pela razão moderna. A família acompanhava esse ponto de esgotamento, a point of no-return, fruto dessa ética burguesa-vitoriana. Disciplinar e repressora (FREUD). Um ciclo fechava-se na abertura de outro, rearranjando a estrutura de responsabilidades do modelo burguês. Neste ponto, pode-se perceber uma família matrimonial-hierarquizada e indissolúvel, caracterizada por papéis bem definidos. Ao varão cabia prover o lar e à uxor cuidar e educar a prole. A direção da família era misógena, cabendo ao provedor o papel social de trabalho, para quem o mercado já dirigia os postos privilegiados ao personagem respectivamente esperado pelos muitos sistemas em contato com os muitos recortes de realidade, sempre que aporeticamente tangidos pelo observador (HEISENBERG). Coerente ao paradigma mecanicista em voga desde o oitocentismo, o Direito reconhecia apenas este modelo familiar, formal, patrimonialista e contratualizado, sem o menor interesse no aspecto afetivo. A liberdade, caricatamente formal, findava na escolha do cônjuge, identificando forma e conteúdo (em detrimento deste último), como apelo de segurança dos valores sociais predominantes. A ênfase na responsabilidade dos indivíduos, tinha um apelo solipsista e utilitarista. Esta família indissolúvel (a Lei do Divórcio é datada de 1977 no Brasil), atribuía poderes ao Homem e deveres à Mulher, em nítida depreciação jurídica do gênero, agudizada pela submissão irrefletida da prole. Somente haveria responsabilidade familiar, dentro do casamento, gerando direitos e deveres de acordo com os referidos papéis. Do desquite resultava imediata responsabilidade alimentar do homem frente à mulher. Pela responsabilidade desta última, também de modo imediato, lhe era atribuída a guarda dos filhos. Quando gerados fora do casamento, eram denominados sectariamente de filhos ilegítimos (gerando verdadeiro estatuto da bastardia, potencializador da exclusão do sujeito), tampouco havia possibilidade de reconhecimento de paternidade distinta do cônjuge (mesmo em desquite) ou de investigação de paternidade voltada contra homem casado (suprimindo do menor a posse do estado de filho). Na informalidade não era concedido abrigo jurídico à família real e concreta. Não participando do ideal formal de segurança, a família informal não guardava juridicidade, não importando responsabilidades, mesmo que triviais, aos seus membros. A Modernidade Líquida sacudiu estes valores desde os movimentos feministas, em especial com a crescente entrada da mulher no mercado de trabalho em busca de sua autonomia, na edificação de sua liberdade individual. Um novo ciclo começa a forjar-se em novo ponto da espiral histórica, tendo o pós-guerra por marco definitivo. A independência econômica da mulher projetou novos valores para o sistema jurídico e social. Sem a submissão econômica dos pares, o afeto passa a hierarquizar outras constantes axiológicas na sociedade às margens da Pós-Modernidade. O adultério, não obstante as sanções civis (como a ameaça de perda de guarda ou pensão que centralizava as discussões de culpa até a última década do

último século), deixa de responsabilizar criminalmente o cônjuge infiel. Mais que isso, a separação é possível de direito como de fato, independentemente de culpa, e o divórcio passa a ser admitido como via a findar a relação conjugal. A Revolução Sexual, havida nos anos 60 do Século XX, aprofundara a órbita das transformações. O clamor por igualdade, irrompera o novo papel da família contemporânea, horizontalizando os cônjuges e introduzindo a discussão do gênero. A direção da família passa à condição diárquica, cabendo ao casal, mutuamente, a responsabilidade diante dos filhos. Os contemporâneos deveres parentais, em muito diferem do tradicional pátrio poder. Não mais se presume o dever de alimentos ao cônjuge, em caso de separação. Ao contrário, com os novos papéis roteirizados, passam a emergir os casos da responsabilidade alimentar recair sobre a uxor. Desconstruindo um pouco mais, percebe-se que esse casal equânime, por dedicar menos tempo a formação dos filhos no seio da família (papel do modelo anterior), passa a deslocar essa responsabilidade para os aparelhos de educação, em geral escolas e creches. A flexibilização das formas familiares é inerente ao paradigma da família líquida que veste a Pós-Modernidade. Emergem novos modelos fora do casamento. Concubinato, Família Monoparental, Parceria Homoafetiva, ou União Estável são alguns destes que se reconhecem no sistema jurídico brasileiro que, não obstante sua inerente abertura, exclui outros (como regimes poligâmicos ou de poliamorismo). Gize-se, como denunciado, a nítida fluidez que reveste a percepção filosófica ou, conseqüentemente, jurídica de responsabilidade familiar, neste arco histórico que vai da família burguesa tradicional à família eudemonista contemporânea. Perceba-se as impossibilidades inerentes em pensar-se o conteúdo do verbete Responsabilidade, sem lançar mão desses instrumentos possíveis. “Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado na história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir” (FOUCAULT, 2005b, p. 10). Somente assim percebe-se as raízes da responsabilidade paterna e sua verdadeira crise na contemporaneidade. Se a maternidade foi refundida em um novo platô na sociedade atual, não é menos verdade que essa ruptura deixou o homem em busca de seu papel na criação dos filhos. O Direito reflete esse topois transdisciplinar, na vacilante jurisprudência emergente no Século XXI em torno da responsabilidade por abandono afetivo. Tema recente e errante, quando não errático, tendo por causa o insistente e visceral solipsismo da filosofia da moral. O individualismo vem sitiando o indivíduo desde a Modernidade Sólida e paradoxalmente no curso da Modernidade Líquida, tão cegamente dependentes da metafísica e da ontologia. Os problemas ideais se tornaram reais. Isso projetou-se para a Pós-Modernidade, sem sinais de recuo; compreende o mal-estar sinalizado por BAUMAN, tendo potencial para transcendê-lo. (ARONNE, 2010, p. 81-84)

Nesse cenário foi promulgada em 2008 a Lei nº 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, para que passassem a vigorar da seguinte forma:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe

que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

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

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

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

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

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

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

Antes de adentrar as controvérsias hermenêuticas dos citados dispositivos, merece destaque a profunda dificuldade dos operadores em geral, no dia-a-dia forense, distinguir a guarda compartilhada da chamada guarda alternada, cujo *telos* é muito diverso da primeira. Não obstante, percebe-se o confuso concretizar do instituto nas páginas dos processos judiciais, com a regular atribuição de um suceder semanal de guarda entre os genitores, muito mais fragilizador daquela personalidade em formação do que benéfico ou saudável. Deixa de privilegiar a qualidade do convívio, em detrimento de uma cartesiana distribuição salomônica de tempo, que em nada corresponde ao compartilhamento de responsabilidades na formação integral de um jovem ou um menor.

Superando essa temática de ordem mais rasteira, ainda que importante, pode-se inderir que o principal ponto controvertido da referida lei foi o parágrafo 2º, cuja literalidade dispõe que não havendo acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Essa disposição legal causou inúmeras controvérsias, em

que pese tenha visado garantir “a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental” (DIAS, 2013, p. 1).

Conforme a referida norma, se os pais não conseguissem resolver qual dos genitores possuiria melhores qualidades para assumir a guarda exclusiva sobre o filho, disputando essa, caberia ao magistrado estabelecer seu compartilhamento sempre que possível. Todavia, essa restrição derivada de uma literalidade franciscana aplicada para a redação de “sempre que possível”, acabava por tornar quase que inviável a atribuição da guarda compartilhada, tendo em vista que a maioria dos julgadores ainda entendia que, ao mínimo sinal de dissenso entre os pais, deveria ser determinada a guarda unilateral, nos padrões de outrora. Nesse sentido não faltam julgados, ao que colhe-se, exemplificativamente, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. BUSCA E APREENSÃO. GUARDA COMPARTILHADA. Mesmo reconhecendo a necessidade do contato da filha com o genitor, não é recomendável o deferimento, pelo menos por enquanto, da guarda compartilhada, modalidade sabidamente de difícil êxito na sua aplicação prática e somente viável quando fruto do consenso, o que não se verifica na presente demanda, cujo clima de litígio entre o ex-casal é intenso. A menina, atualmente com 2 anos de idade, sempre esteve na guarda materna, mantendo, no entanto, contato com o pai e a família paterna, o que deve ser preservado. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70060973567, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/11/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA UNILATERAL. CONVERSÃO EM GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. REDUÇÃO LIMINAR DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE. Descabe converter liminarmente a guarda unilateral em guarda compartilhada, se a fixação da guarda unilateral ocorreu pouco antes do ajuizamento da presente demanda. Ainda mais quando há conflito entre os genitores, o que denota que a guarda compartilhada pode não ser a solução que mais e melhor atende aos interesses da menor. Não há nenhuma prova de quais eram os rendimentos do alimentante ao tempo da fixação dos alimentos há pouco mais de 01 ano atrás. Sem isso não há como apurar se houve alguma alteração, de forma que o indeferimento do pedido liminar de redução do encargo é mesmo a solução mais adequada. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70062036207, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 11/12/2014).

Referidas decisões iam de encontro ao que dispunha a Lei, tendo em vista que o objetivo era a implementação do compartilhamento da guarda, ainda que houvesse dissenso entre os pais quanto a quem ela deveria incumbir. A ressalva do “sempre que possível”, todavia, tornava a

sua implementação uma mera liberalidade do julgador, que em uma postura conservadora, talvez ainda presa ao velho paradigma da supremacia feminina no exercício da guarda, mantinham o empoderamento da mãe, relegando o pai à figura do genitor provedor e visitante.

Assim, em vez de o juiz determinar de ofício, nos termos da lei, o exercício da guarda compartilhada, a maioria dos julgadores entendia que não seria preservado o interesse da criança, havendo litígio entre os pais, mantendo a guarda unilateral. Todavia, nessa última, a experiência verifica a exclusão do genitor não-guardião das decisões sobre o filho, o seu distanciamento da rotina da criança ou do adolescente, sendo mantido apenas o direito, que também é um dever, de visitação e de suprir os encargos com o sustento da prole.

Tal definição dicotômica causa naturalmente o enfraquecimento dos laços do genitor que não exerce a guarda dos filhos, diante do que a psicanálise denomina de “empoderamento” do guardião, eis que exclusivamente dele a tomada de decisões em relação aos filhos. Essa circunstância, decorrente tanto do afastamento voluntário do genitor-visitante como também por uma determinação do guardião, afasta o outro das determinações sobre a vida criança ou adolescente, valendo-se da detenção da guarda para livremente e às vezes arbitrariamente tomar todas as decisões que dizem respeito aos filhos.

A despeito dos conhecidos malefícios da guarda unilateral, a realidade vivenciada mesmo depois de 2008 (com a previsão expressa da guarda compartilhada no diploma civil), demonstrou a resistência do judiciário na aplicação da guarda compartilhada em processos litigiosos, sob o argumento de que o conflito seria incompatível com a ideia de tomada de decisões conjuntas e divisão de responsabilidades, pressupostos da guarda compartilhada.

Nesse contexto, oportuna e bem vinda a Lei 13.058/2014, a qual revisita o instituto da guarda compartilhada, fixando como regra geral essa modalidade quando do desfazimento do vínculo conjugal de pais que tenham filhos.

3 A GUARDA COMPARTILHADA CONFORME A LEI 13.058/2014

A guarda compartilhada visa o compartilhamento das decisões sobre os filhos. Os pais, apesar de separados, devem manter-se envolvidos com os filhos de forma plena e em igualdade de posições. Nesta modalidade de guarda, permanecem as responsabilidades que ambos os pais detinham quando conviviam juntos, ou seja, os dois terão de decidir sobre todas as questões envolvendo as crianças e adolescente juntos, não havendo espaço para hierarquia entre os genitores. Segundo Maria Berenice Dias, que “a guarda conjunta garante, de forma efetiva, a

permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço” (DIAS, 2013, p. 1).

Tendo em vista as posições dos magistrados no sentido de manter a priorização da guarda unilateral, não obstante a promulgação da Lei nº 11.698/2008, surge a Lei 13.058/2014, para mais uma vez alterar os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, estabelecendo o efetivo significado da guarda compartilhada, bem como, para dispor sobre a sua efetividade. Dispõe essa, que o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. Além disso, que na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses da prole.

Dispõe também acerca da guarda unilateral, para que, quando ela for estabelecida, o pai ou a mãe que não a detenha sejam obrigados a também supervisionar os interesses dos filhos. Desta forma, restou normatizado que qualquer dos genitores sempre poderá pedir informações e até mesmo prestação de contas, em assuntos concernentes aos filhos, em especial, à sua saúde e educação. Desse modo, quando ambos os pais forem aptos a exercer o poder familiar, será obrigatória a aplicação da guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja exercê-la.

Ainda, serão estabelecidas judicialmente quais as atribuições do pai e da mãe, bem como o período de convivência sob guarda compartilhada. Para isso, o juiz deverá contar com orientação técnico-profissional de equipe interdisciplinar. Não cumprida a cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, isso poderá acarretar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

A Lei determina ainda que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Conforme Gimenez:

[...] sob critérios democráticos e humanistas, em qualquer perspectiva que se analise, médica, psicológica, jurídica, sociológica, filosófica, dentre outras, a guarda compartilhada tem de ser reconhecida como a forma mais eficaz, para o alcance do pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes. Por tal evidência, a nova lei adota como modelo a guarda compartilhada, sendo esta afastada somente nas hipóteses em que um dos genitores ou ambos não se mostrem aptos para o exercício do poder-familiar ou, ainda, se um deles não desejar exercitá-lo. As situações de litigiosidade deixam de ser fundamento para a supressão do compartilhamento da guarda, impedindo, pois, uma prática não pouco usual, onde um dos litigantes insiste nos desentendimentos, para a obtenção da guarda unilateral, praticando, inclusive, atos de alienação parental que acabam sendo legitimados por decisões judiciais que mantêm o afastamento do filho de um de seus genitores, sob o pálido argumento de que, para se evitar o conflito, melhor é manter a criança afastada de parte de seus familiares. Com a atual proposta, métodos já bastante difundidos no Brasil deverão ser implementados, a exemplo do uso da mediação, onde as famílias poderão ser auxiliadas e incentivadas na solução de suas dificuldades, preservando-se o bem-estar das crianças e dos jovens, que são os mais vulneráveis, nesse contexto tenso e incerto de divergências. (GIMENEZ, 2014)

O *telos* do sistema jurídico aponta, axiologicamente, em consolidar os laços dos pais e mães com os filhos, não obstante o rompimento da relação conjugal. Guarda sentido de concretização de direitos fundamentais materiais de jovens e menores, no sentido de sua tutela integral. O bem-estar das crianças e adolescentes, para que tenham garantida uma relação com os pais de maneira próxima, tal como no período em que os seus pais conviviam juntos é pressuposto da Lei. Uma ficção jurídica a ser apanhada não no seu viés utópico, mas no programático, cediço que a guarda envolve um núcleo jurídico complexo, que, tal qual o contrato (em outro sentido), não se dá de forma estanque, mas sim como um processo (SILVA).

Ainda que houvesse divergência quanto à possibilidade de aplicação da guarda compartilhada quando da existência de dissenso entre os pais, asseverou a Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o Recurso Especial nº 1251000/MG, em 23 de agosto de 2011³, que a guarda compartilhada é vista como o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar, para que os filhos possam gozar no decorrer de sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial, ou seja, pai e mãe presentes na sua criação e no seu desenvolvimento. Afirma a Ministra, com razão, que exigir o consenso para a guarda compartilhada distorce o foco do problema, uma vez que centra a discussão no litígio, ignorando a busca pelo melhor interesse dos filhos (BRASIL, 2011). Aponta, portanto, para a renovadora perspectiva da hospitalidade em detrimento da

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.251.000 - MG (2011/0084897-5). Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em: 23 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17092777&sReg=201100848975&sData=20110831&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 8 dez. 2013.

desgastada ética da tolerância, onde o filho é tolerado dentro do novo planejamento de vida dos pais.

É nesse cenário que a lei em comento, além de reforçar o contido na lei da guarda compartilhada de 2008, confere ainda mais segurança aos julgadores ao determinarem o compartilhamento da guarda, mesmo diante de dissenso. Todavia, é esperável que, juntamente com a nova lei, ocorram também incentivos ao tratamento de conflitos familiares de forma consensual, em favor da implementação de uma cultura de paz, visando o bem-estar e a qualidade de vida de todos os envolvidos. Assim, ganha relevo o emergente papel da mediação, especialmente a familiar, como metodologia alternativa de tratamento de conflitos envolvendo as questões de guarda dos filhos, principalmente no que concerne à necessidade de diálogo entre os genitores no caso de compartilhamento da guarda, tendo a alteridade por fonte e a hospitalidade como possível resposta em antítese a solipsista tolerância.

4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO DIÁLOGO ENTRE OS GENITORES NOS CASOS DE GUARDA COMPARTILHADA

A fim de que seja concretizado o principal dos pressupostos da guarda compartilhada, que é preservar os interesses das crianças e adolescentes envolvidos, é necessário um esforço dos genitores para manter um diálogo saudável bem assim concessões recíprocas a fim de efetivamente compartilhar as ideias e atribuições concernentes aos seus filhos. É importante o estabelecimento da guarda compartilhada, para que a prole possa desfrutar plenamente do convívio com seus genitores, bem como, para que os filhos sejam cuidados e resguardados pelos pais em grau equivalente.

Para que esse objetivo se torne uma realidade, torna-se necessário aparar algumas arestas, especialmente, a do diálogo entre os genitores, eis que a previsão legislativa não é garantia de uma implementação bem sucedida do instituto. É esse o contexto, a despeito do conflito, das mágoas e dificuldades, a disposição ao diálogo e à comunicação é medida que se impõe, ao menos no que diz respeito aos filhos, na psicanalítica arena do direito de família contemporâneo. Se possuem dificuldades nesse aspecto, é importante que busquem meios para desenvolver ou reestabelecer esta capacidade, cuja polarização natural do processo vulnera ainda mais.

Nestes casos, nos quais em razão das dificuldades enfrentadas pelo divórcio os pais não conseguem mais conversar, sequer em relação aos interesses dos filhos, é necessário o reestabelecimento do diálogo entre eles, o fortalecimento dos laços e o apaziguamento da relação. Esse é o cenário onde emerge o instituto da mediação como uma forma de tratamento

de conflitos, em que ocorre a participação de um terceiro, alheio ao conflito, como mediador, para facilitar o diálogo entre as partes interessadas, no intuito de expressarem-se e expor a situação conflituosa, com vistas a chegarem ou tentarem alcançar um consenso que beneficie a todos os envolvidos.

Nos casos de guarda, o ponto em comum das partes em conflito é o filho do casal, sendo que é em benefício dele que os envolvidos devem empenhar esforços para manter uma relação saudável, dialogada, apaziguada e consensual. A mediação, desta forma, consiste em “um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente”. Ela visa aproximar as partes conflituosas e promover o (re) estabelecimento do diálogo entre elas, sua missão primordial, a fim de que possam tratar⁴ o conflito (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 131).

Na lição de Vasconcelos, o mediador é uma pessoa “apta, imparcial, independente e livremente escolhida ou aceita” que realizará as sessões com os interessados (VASCONCELOS, 2008, p. 36). O mediador atua auxiliando as partes em litígio a conhecerem, ou a reconhecerem, as origens do conflito, a fim de que elas mesmas, tendo um conhecimento ampliado, possam construir um consenso de forma que satisfaça a sua realidade interna e externa (TARTUCE, 2008, p 69-70). Por meio das sessões de mediação as partes “expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo” (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

O mediador, ao contrário do juiz, não emite juízos de valor sobre a fala das partes. Os envolvidos não necessitam buscar o convencimento do mediador, como ocorre no judiciário. O mediador tão somente conduz e auxilia a conversação entre elas, com vistas à pacificação do litígio. Conforme Lisa Parkinson, na mediação

el mediador se coloca en una posición centrada e equilibrada entre los participantes desde la cual puede ayudarles a encauzar y conjugar sus energías para idear soluciones, em lugar de luchar, rendirse o aceptar un compromiso poco satisfactorio (PARKINSON, 2005, p. 220).

⁴ Desta forma, os autores Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler utilizam a expressão “tratamento” de conflitos, por entenderem ser mais apropriada em relação à expressão “resolução” de conflitos, enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta mais satisfativa (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 9).

Para Warat, “a mediação é uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal” (WARAT, 1998, p. 5). Especialmente nos casos envolvendo litígios familiares, ressalta Rozane da Rosa Cachapuz, que a mediação familiar consiste em “um processo que enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomarem decisões que vão definir suas próprias vidas, isolando pontos de acordo e desacordo e desenvolvendo opções que levam a uma nova tomada de decisões” (CACHAPUZ, 2003, p. 133).

É preciso que haja a conscientização no seio familiar que mesmo o divórcio ou a dissolução da união estável, os interesses dos filhos necessitam ser preservados, e isso é inviabilizado quando os pais não conseguem discernir e resolver de forma amigável as questões sobre eles. É necessário o diálogo, o respeito e consideração pelo outro, com o pensamento voltado para o bem-estar dos filhos, pois o seu desenvolvimento disso depende. Os genitores devem administrar o rompimento da sua relação e promoverem a harmonia do convívio um com o outro em benefício dos filhos. Conforme Soldá e Oltramari, a mediação familiar deve ser considerada uma etapa obrigatória para que seja aplicada a guarda compartilhada quando houver litígio entre os pais (SOLDÁ, OLTRAMARI, 2012, p. 87).

Todavia, essa “obrigatoriedade” esbarra em um dos principais pressupostos da mediação, que é a voluntariedade das partes em participar das sessões. Importante ressaltar que a mediação requer a participação ativa das partes e delas depende para trazer resultados positivos aos interessados. A prioridade, no caso de guarda de crianças e adolescentes é o seu interesse, que prevalece sobre o dos pais, assim, ainda que haja desacordo em relação a realização da mediação, ela pode ser implementada, com vistas ao melhor interesse dos filhos.

Isso ocorre porque é possível compreender que a privação de um relacionamento mais forte, intenso e profícuo com um dos pais, que é o que acaba ocorrendo nas guardas unilaterais, traz mais prejuízos à criança e ao adolescente do que a tentativa de implementação da mediação, ainda que imposta às partes. Assim, ambos os genitores devem envidar esforços para manterem o diálogo no que diz respeito a situações que envolvam os filhos, podendo, dessa forma, valer-se do instituto da mediação para resgatar o diálogo e amenizar o conflito, visando o melhor interesse dos filhos. Porém, a implementação da mediação há de focar-se na ética da alteridade, visto que o papel desse novo elemento, estranho ao modelo inquisitorial renascentista ou moderno de processo, não é atender às partes e sim ao menor, que deve ser tomado na sua substancialidade concreta, para além de um emaranhado de direitos subjetivos.

A mediação em matéria de guarda compartilhada, não pode se estabelecer confinada a tolerância dos pais com esse menor ou jovem, recebido quase como um estrangeiro em novo

projeto de vida que lhe é estranho. Hospitalidade (DERRIDA) é o sentido que se aponta como desejável para uma concepção realmente emancipatória da guarda compartilhada. Tolerância serve para referir-se as coisas às quais temos repulsa. É chegado o momento do Direito, mormente em sede de família, não ser mais um amplificador dessa solipsista repulsa ao outro que a Modernidade internalizou e intenta constantemente naturalizar (ARONNE, 2010, p. 89-91). A alteridade (LEVINAS) reconhece àquilo do outro que me constitui, na mesma medida intersubjetiva que constitui esse outro. Em especial quando o outro é um filho.

Nos casos de conflitos de guarda, portanto, o instituto da mediação familiar surge como uma proposta positiva para auxiliar as famílias em litígio a encontrarem um ponto comum de diálogo, que é aquele com vistas ao bem-estar da prole, questão primordial e que merece especial atenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que o instituto da guarda compartilhada, nos moldes previstos pela Lei nº 11.698/2008, provocou modificação nos padrões anteriormente existentes, segundo os quais a guarda exclusiva materna era quase que uma regra, em detrimento da guarda exclusiva paterna ou do compartilhamento da guarda. Todavia, algumas divergências ainda prevaleciam no que tange à aplicação desta modalidade de guarda, quando não havia consenso entre os genitores. A falta de acordo e de diálogo entre os pais poderia provocar prejuízo aos filhos, optando o juiz pela manutenção da guarda unilateral.

Não obstante a Lei nº 11.698/2008 já determinasse a implementação do compartilhamento da guarda “sempre que possível”, a Lei nº 13.058/2014 desponta com o intuito afastar dúvidas ainda recorrentes no tocante ao instituto e determinar, como regra, a aplicação da guarda compartilhada, mesmo quando não houver consenso entre os pais.

Certamente não é tarefa fácil aos genitores seguir compartilhando ideias, conversando e mantendo um relacionamento amigável após o rompimento do relacionamento amoroso, especialmente quando a ruptura não tenha ocorrido de forma tranquila e consensual. Todavia, ao menos no que concerne aos filhos, eles devem manter o entendimento, a educação e a boa-vontade para tratarem de suas questões, com vistas ao bem-estar da prole.

Nos casos em que implementada a guarda sem consenso entre os pais, o instituto da mediação pode servir como instrumento para auxiliar o ex-casal a se comunicar, com vistas à preservação dos filhos da instauração de uma situação conflituosa em razão do compartilhamento da guarda.

Lançadas essas considerações, tendo em vista que a implementação da guarda compartilhada passou a ser uma regra e não uma exceção, faz-se necessário que as partes envidem esforços para recuperar a comunicação e o diálogo em favor dos filhos, podendo valer-se, com efeito, do instituto da mediação como importante meio de tratamento de conflitos. Salienta-se, por fim, que a própria Lei traz em seu texto a expressão “convivência equilibrada”, sendo esse o objetivo maior: concessões mesmo diante do orgulho ferido; a escuta do outro mesmo com a mágoa aflorada; enfim, o equilíbrio e a tolerância como instrumentos para viabilizar a comunicação e a convivência familiar saudável, direito fundamental constitucionalmente assegurado.

6. REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico**. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2010.

_____. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2006.

_____. **Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2004. Vol. 2.

BRASIL. **Lei n. 11.698**, 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 07 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.251.000 - MG** (2011/0084897-5). Relatora: Nancy Andrichi. Julgado em: 23 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17092777&sReg=201100848975&sData=20110831&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 8 dez. 2014.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada: uma novidade bem-vinda!** Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?48,13>> Acesso em: 07 dez. 2014.

DERRIDA, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. São Paulo : Escuta, 2003.

GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilha e a igualdade parental**. Disponível em http://www.tjmt.jus.br/Noticias/37024#.VIBnxNLF_T8. Consulta realizada em 04 de novembro de 2014.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre : L&PM, 2002.

LEVINAS, Emmanuel. **Entre nous**. New York : Columbia Press, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 25, dez./jan. 2012.

NAZARETH, Eliana Riberti. Guia de mediação familiar, aspectos psicológicos. In: **Mediação familiar**. São Paulo: Equilíbrio, 2009.

PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas**. Tradução de Ana María Sánchez Durán. Barcelona: Gedisa, 2005.

PEREIRA, Gustavo de Lima. **A pátria dos sem pátria: Direitos humanos e alteridade**. Porto Alegre : Uniritter, 2011.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 29, ago./set. 2012.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro : Forense, 1972.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

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

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: ALMED, 1998.