

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS DECORRENTES DA GUARDA DOS FILHOS*

THE MEDIATION AS A MEANS OF TREATMENT OF DISPUTES ARISING OUT OF CUSTODY OF THE CHILDREN

*Fabiana Marion Spengler***

*Roberta Marcantônio****

* Texto produzido mediante pesquisa junto aos projetos: “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz financiado pelo CAPES/CNJ” e “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelos recursos do Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011 e pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, processo nº 400969/2011-4.

** Pós-Doutora pela Università degli Studi di Roma Tre/Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa CAPES; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na Área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato e stricto sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; professora colaboradora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato e stricto sensu da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Coordenadora do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelo Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011 pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, processo nº 400969/2011-4; pesquisadora do projeto “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES; pesquisadora do projeto intitulado: “Direitos Humanos, Identidade e Mediação” financiado pelo Edital Universal 2011 e pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI; coordenadora e mediadora judicial do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; advogada. Endereço eletrônico: <fabiana@unisc.br>. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>.

*** Aluna do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq e liderado pela Prof.ª Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e pelo Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Advogada. E-mail: <robertamarcantonio@hotmail.com>.

Resumo: A mediação é uma forma de tratamento de conflitos que pode ser aplicada aos litígios instaurados nas relações familiares, como no caso da definição da guarda dos filhos. A presente pesquisa trata da utilização da mediação familiar para o tratamento de conflitos relativos à guarda de crianças e adolescentes. Desta forma, no primeiro capítulo será analisado o instituto da guarda, especialmente no tocante à Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, dando destaque ao instituto da guarda compartilhada. No segundo item, será abordada a mediação como uma possibilidade salutar de tratamento dos conflitos, podendo ser amplamente aplicada no que tange às divergências familiares. Ao final, será estudada a mediação familiar como forma de tratamento dos litígios que possam surgir em decorrência da aplicação da guarda compartilhada de crianças e adolescentes ainda que não haja consenso entre os seus pais.

Palavras-chave: Mediação; família; guarda; filhos; conflito.

Abstract: Mediation is a way of handling conflicts that can be applied to disputes filed in family relationships, as in the case of the definition of child custody. This research deals with the use of family mediation for the treatment of disputes concerning the custody of children and adolescents. Thus, the first chapter will analyze the institution of guard, especially with regard to Law No. 11.698/2008, which amended Articles 1583 and 1584 of the Civil Code, giving prominence to matters of shared custody. The second item will be addressed at mediation as a salutary treatment of possible conflicts, and can be widely applied in relation to family disputes. At the end, family mediation will be studied as a treatment of disputes that may arise due to the application of the shared care of children and adolescents although there is no consensus among their parents.

Keywords: Mediation; family; custody; children; conflict.

Introdução

O presente artigo versará sobre a modalidade da guarda compartilhada instituída pela Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

O estudo se justifica em razão de que a guarda compartilhada repercute imensamente nos arranjos familiares, eis que se diferencia da prática unilateral de guarda aplicada na maioria dos casos antes da promulgação da referida Lei.

Muitas questões são levantadas acerca da modalidade da guarda compartilhada, mas a principal delas reside no fato de ela poder ser aplicada independentemente de haver consenso entre os pais, com vistas à preservação do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Referido ponto ainda é controvertido, no entanto, entende-se que se deve deslocar a questão do litígio dos pais para focar no que é melhor para os filhos. Se for melhor para eles a guarda compartilhada, ela pode sim ser aplicada, ainda que os pais tenham que envidar todos os esforços para, ao menos no que tange aos filhos, desenvolverem uma harmonia em favor do bem da prole.

Neste aspecto surge a mediação como uma forma de tratamento de conflitos que promove a facilitação do diálogo entre as partes, para que superem as suas dificuldades e consigam recuperar a consonância sobre as questões litigiosas.

Desta forma, no primeiro item será abordado o instituto da guarda compartilhada. No segundo capítulo será estudada a mediação como forma de tratamento de conflitos e, por fim, no terceiro capítulo serão destacadas as dificuldades atinentes ao instituto da guarda compartilhada e a possível alternativa, encontrada na mediação.

O trabalho será realizado mediante pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas doutrina nacional e estrangeira, bem como, jurisprudência e revistas especializadas sobre o tema.

1. A guarda compartilhada

Compartilhar a guarda de uma criança ou adolescente corresponde a compartilhar as responsabilidades sobre eles. Assim, na guarda compartilhada, fica para trás a figura do guardião exclusivo, bem como, a do visitante exclusivo.

Esta forma de guarda, destacada pela Lei nº 11.698/2008, rompe com o tradicional molde de guarda unilateral materna e do genitor-visitante, aplicado na maioria dos casos, sejam eles consensuais ou litigiosos.

Isso acontecia regularmente porque a genitora era considerada a guardiã por excelência, uma vez que, até o início dos anos oitenta, era comum que à mulher coubesse com exclusividade a função de cuidar dos filhos e da residência familiar, enquanto que ao marido era destinada a função de provedor da família, pelo que necessitava trabalhar fora de casa, razão pela qual, muitas vezes sequer tomava conhecimento das rotinas domésticas. Lembra Rolf Madaleno, que o próprio art. 240 do Código Civil de 1916, com base na Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) previa 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).

A genitora ficava encarregada de todos os assuntos concernentes à prole, tanto em razão do seu instinto materno, como também por estar sempre presente em casa, para atender as necessidades dos filhos.

Nesse sentido, destaca Rolf Madaleno, “para a mulher foi reservado o ambiente privado das funções inerentes à reprodução e à família, tarefas carentes de qualquer repercussão social e econômica” (MADALENO, 2012, p. 10).

A mãe assumia a integralidade da responsabilidade pelo cuidado das crianças, pela sua alimentação, higiene, saúde, educação e lazer. Não raros eram os casos em que as mães escolhiam sozinhas

as escolas das crianças, os médicos que deviam frequentar, as suas atividades extraclasse, cabendo a elas, também decidir sobre o lazer das crianças, as viagens, e tudo o que dizia respeito aos filhos.

Tradicionalmente os pais não se envolviam de forma expressiva com as crianças, enquanto que as mães eram solicitadas a todo o momento.

É possível dizer que esta forma de dividir as tarefas, com os pais no mercado de trabalho e as mães cuidando dos filhos e da casa da família predominou até pouco tempo, e era uma regra tácita estabelecida nas famílias, uma questão que não se discutia. As mães, com seu instinto materno, desempenhavam com naturalidade a sua tarefa no lar conjugal, sabendo que os pais tinham outras tarefas, fora de casa, para sustentar a família.

Maria Berenice Dias argumenta que “historicamente os filhos ficavam sob a guarda materna, por absoluta incompetência dos homens de desempenhar as funções de maternagem” (DIAS, 2013, p. 1). Conforme a autora, ainda, o fato de costumeiramente ser vedada aos meninos a entrada na cozinha, bem como, as brincadeiras com bonecas, contribuía para que eles não desenvolvessem a aptidão necessária para os cuidados com os filhos, sendo natural que essas tarefas fossem realizadas somente pelas genitoras, razão pela qual, na ocorrência da separação do casal, era evidente que os filhos ficariam com as mães (DIAS, 2013, p. 1).

No entanto, com o passar dos anos, as mulheres foram buscar a sua independência através do trabalho remunerado fora de casa. Desta forma, “estas figuras seculares de uma esposa coadjuvante do marido, confinada às funções domésticas e aos cuidados dos filhos, cujos valores morais, culturais e religiosos foram transmitidos durante várias gerações, foram sendo gradualmente sepultados” (MADALENO, 2012, p. 10).

No entanto, certamente o ingresso das mulheres no mercado de trabalho não fez com que elas deixassem de lado as tarefas do-

mésticas, tendo em vista que as mães começaram a assumir, então, uma dupla ou até mesmo uma tripla jornada, a fim de dar conta dos filhos e da profissão, acabando por acumular as funções de provedoras e cuidadoras do lar.

Em alguns lares, contudo, as mulheres passaram a dividir as tarefas da residência e os cuidados dos filhos com os maridos. Os homens, então, começaram a se envolver com as crianças, a tomar conhecimento de seus horários, de suas necessidades escolares, de sua alimentação, enfim, de toda a gama de cuidados e atividades necessárias às crianças para o seu bom desenvolvimento físico e psicológico.

Cabe ressaltar que a figura do pai provedor e chefe de família, bem como, de detentor do antigo poder parental, que atualmente é denominado poder familiar, acabou sendo extinta, diante da igualdade que prevalece atualmente entre os cônjuges e companheiros na administração da família (MORAES, 2013, p. 10). É neste sentido o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, ao referir que “na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, o poder marital desapareceu, tendo havido, em seguida e em conseqüência, a supressão da figura do chefe da família” (MORAES, 2013, p. 2).

Desta forma, na família atual, vigoram os valores de igualdade, de liberdade e de fraternidade, cabendo a todos os seus membros agir de forma cooperativa para o bem-estar do núcleo familiar (MORAES, 2013, p. 10). Maria Celina Bodin de Moraes refere que “em contraposição ao modelo tradicional propõe-se atualmente o modelo da família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o slogan outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade” (MORAES, 2013, p. 10).

Assim, se compartilham os cônjuges ou companheiros as tarefas concernentes à prole durante a sua união, diferente não poderia ocorrer quando da dissolução desta união, uma vez que, como diz

Eliana Riberti Nazareth, o casal se desfaz, mas o vínculo com os filhos é para sempre (NAZARETH, 2009, p. 14).

Em face disso, a Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada,¹ trouxe a possibilidade de a mesma ser requerida por consenso entre os pais ou por qualquer um deles, especificando, ainda que a guarda das crianças ou adolescentes será compartilhada, sempre que possível, quando não houver acordo entre os pais sobre quem possui melhores condições de deter a guarda unilateral do filho.

Compartilhar a guarda quer dizer compartilhar a responsabilidade sobre os filhos. Significa que ambos os pais da criança, não obstante o seu divórcio, separação de fato ou dissolução da sua união estável, continuam sendo responsáveis, em patamar de igualdade, pela prole.

Sobre a guarda compartilhada, assevera Maria Berenice Dias ter surgido em boa hora a lei “que assegura 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).

1 Dispõe o art. 1.584 do Código Civil, alterado pela Lei nº 11.698/2008 que: 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.

O não guardião não fica mais relegado à função de fiscalizar a manutenção e a educação da prole na guarda do outro, aduz ainda a referida autora (DIAS, 2013, p. 1).

Portanto, se os pais não conseguirem resolver quem tem melhores condições para assumir a guarda exclusiva sobre o filho, o juiz, verificando a possibilidade de estabelecer o compartilhamento da guarda, poderá aplicá-lo de ofício.

Cumpre destacar que a escolha da guarda da criança ou do adolescente, seja ela unilateral ou conjunta, deve ser sempre realizada com a intenção de preservar o melhor interesse da prole.

A guarda exclusiva será exercida por quem tiver melhores condições de atender e cuidar dos filhos, visando exclusivamente o bem-estar das crianças ou adolescentes. É bom lembrar que nesta escolha não são sopesadas as condições financeiras dos pais, mas sim, será escolhido quem tiver maior disponibilidade, mais competência e mais aptidão para desempenhá-la.

Todavia, se os pais não conseguirem alcançar um consenso sobre quem possui melhores condições de exercer a guarda unilateral da prole, havendo disputa entre eles, o juiz poderá determinar de ofício, nos termos da lei, o exercício da guarda compartilhada.

Convém destacar, como diz Rolf Madaleno, que o compartilhamento da guarda não se refere à custódia física da criança ou do adolescente, mas sim, à efetiva responsabilidade dos pais por criar, educar e pelo lazer dos filhos (MADALENO, 2008, p. 275).

Desta forma, ao contrário do que costuma ocorrer, ambos os pais, em conjunto, terão a responsabilidade integral sobre os filhos (MADALENO, 2008, p. 275).

Na guarda conjunta, como ressaltam Soldá e Oltramari, diferentemente do que ocorre na guarda unilateral, não resta a um dos genitores a função de “mero coadjuvante na criação dos filhos, ao contribuir apenas com os alimentos e tendo como “recompensa” o direito à visitação” (SOLDÁ; OLTRAMARI, 2012, p. 76).

Não há como negar que na proposta da guarda unilateral, acaba ocorrendo certa exclusão do genitor não guardião das decisões sobre o filho, sendo que o seu afastamento da rotina da criança ou do adolescente vai acontecendo aos poucos, em razão da insuficiente convivência ou da reduzida autonomia que o genitor-visitante tem em relação à prole.

O genitor que não exerce a guarda conjunta deixa de participar ativamente do dia-a-dia do filho, tendo somente o direito/dever de visitação e de dividir os encargos com o sustento da prole, o que, não raras vezes, acaba por enfraquecer os laços com o filho, uma vez que a responsabilidade por ele é exercida integralmente pelo guardião, seja pelo seu afastamento voluntário, seja por imposição do guardião, que deseja tomar a linha de frente nas determinações sobre a criança ou adolescente, uma vez que é detentor de sua guarda.

Desta forma, como asseveram Soldá e Oltramari, o instituto da guarda compartilhada tem como proposta a manutenção dos laços afetivos entre ambos os genitores e a prole, com a intenção de minimizar dos efeitos do término do relacionamento entre os pais sobre os filhos, buscando preservar também a igualdade da função parental (SOLDÁ; OLTRAMARI, 2012, p. 78).

Por meio do compartilhamento da guarda, ambos os genitores poderão acompanhar melhor o desempenho do filho na escola, poderão juntos decidir sobre os seus estudos, sobre a sua saúde e quais profissionais o filho deve buscar quando necessitar, bem como, poderão participar mais ativamente do dia-a-dia de seu filho, o que contribui bastante para o melhor desenvolvimento afetivo e social da prole, pois sabem que sempre irão poder contar tanto com o pai quanto com a mãe para qualquer situação rotineira.

Nesta modalidade de guarda, deixa de existir a figura daquele genitor que somente visita os filhos, situação na qual muitos pais ou mães não conseguem encontrar espaço para exercer plena e integralmente o seu papel na vida do filho. Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias, que “a guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na for-

mação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço” (DIAS, 2013, p. 1).

Desta forma, a guarda compartilhada, em que ambos os pais devem ter a mesma responsabilidade sobre o filho, beneficia as crianças e adolescentes, para que elas tenham realmente o referencial materno e o paterno com os mesmos pesos, estando pai e mãe à disposição do filho para atendimento de suas necessidades físicas e psicológicas integralmente, e não apenas como genitor-visitante.

Contudo, para que haja um benefício pleno na guarda compartilhada, é necessário que os pais consigam dialogar, ao menos no que concerne ao filho, ou então, que se preocupem em desenvolver ou reestabelecer esta capacidade.

Neste ponto, trataremos da prática da mediação, que é uma forma de resgatar a comunicação entre as partes, como veremos no próximo capítulo.

2. A mediação

A mediação, na lição de Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, “é 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” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 131).

Ela visa aproximar as partes conflituosas e promover o (re) estabelecimento do diálogo entre elas, sua missão primordial, a fim de que possam tratar² o conflito (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 131).

2 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).

Esta aproximação das partes ocorre em sessões promovidas e organizadas pelo mediador, que é uma pessoa, segundo Vasconcelos, “apta, imparcial, independente e livremente escolhida ou aceita” que irá realizar as sessões com as partes (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

Conforme Fernanda Tartuce, o mediador “auxilia as pessoas em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, construam, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória [...] à sua realidade interna e externa” (TARTUCE, 2008, p. 69-70).

Na 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).

É importante ressaltar que o mediador não emite juízos de valor sobre a fala das partes. Ele apenas auxilia a conversação entre elas voltada para uma pacificação.

Na mediação, as partes podem falar sem receio de serem julgadas, pois o mediador não as avalia. Ao contrário do juiz, ele não promove o julgamento da questão conflituosa. Ele somente conduz as sessões de forma que ambas as partes possam falar e serem ouvidas.

Desta forma, o espaço da mediação é um espaço democrático, em que as partes e o mediador compartilham um espaço comum e participativo, com vistas à construção de um consenso (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147).

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 energias para idear soluciones, em lugar de luchar, rendirse o aceptar un compromiso poco satisfactorio” (PARKINSON, 2005, p. 220).

Assim, o mediador fica entre as partes, em posição de igualdade, e não acima delas como o juiz, na jurisdição. A própria pala-

vra mediação, conforme Lisa Parkinson, “deriva del latín medius-medium, que significa en el medio” (PARKINSON, 2005, p. 22). O mediador estimula uma reconstrução do diálogo entre as partes, com vistas à pacificação do litígio. Nesse sentido, destaca Carlos Eduardo de Vasconcellos que é função do mediador auxiliar os mediandos para que estabeleçam um diálogo construtivo, identificando seus interesses afins (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

Desta forma, na lição de Lisa Parkinson, os mediadores irão ajudar os mediandos a explorarem as possibilidades sobre os temas em litígio, para alcançarem uma decisão que abarque as necessidades de todos os envolvidos (PARKINSON, 2005, p. 22).

Cumprir destacar, ainda, que as decisões são tomadas voluntariamente pelas partes, sem imposições ou pressões recíprocas e tampouco do mediador (PARKINSON, 2005, p. 22).

Ressalta Fernanda Tartuce (2008, p. 73) que o objetivo da mediação não é somente o acordo, como ocorre na conciliação, eis que, na lição da autora, não é primordial a formalização um acordo entre os mediandos e sequer que seja ele objeto de uma transação homologada judicialmente.

Exemplifica a autora que o sucesso da mediação se depreende da profícua facilitação da comunicação entre as partes, para que possam vir a se entender, eis que

Uma mediação bem-sucedida é aquela em que, promovida eficientemente a facilitação do diálogo pelo mediador e aparadas as arestas, as partes podem retomar a comunicação de maneira adequada, passando a conduzir suas relações de forma consensual. Um vez resgatados a confiança e o senso de compromisso entre as partes, podem elaborar respostas conjuntas negociadas e partir para uma nova fase em sua relação interpessoal (TARTUCE, 2008, p. 73).

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)

Além disso, aduz o referido autor que realização da mediação na sociedade representa uma forma de concretização da autonomia, da democracia e da cidadania, sob o aspecto de que proporciona ao indivíduo que tome decisões sem a necessidade de outros definam por si as suas questões (WARAT, 1998, p. 6).

Conforme Spengler, é preciso ter em mente a relevância da utilização da mediação em uma sociedade cada vez mais intrincada, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se superam qualitativa e quantitativamente (SPENGLER, 2010, p. 319).

Desta forma, é possível valer-se da mediação para tratamento de conflitos em diversas áreas, como nos litígios de vizinhança, nos litígios concernentes a empregados e empregadores, nas relações de consumo, e bem assim, nos casos de família, nos quais inúmeras dificuldades podem surgir, em razão de ser um tema tão delicado porque envolve os sentimentos das pessoas e relações que, entre pais e filhos, perduram após o rompimento com o cônjuge ou companheiro.

A mediação familiar, segundo Rozane da Rosa Cachapuz, é “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).

Destaca a referida autora ser importante a conscientização dos membros da família a buscarem a realização da mediação com vistas ao crescimento de todos, na difícil situação que é a dissolução dos vínculos amorosos entre os cônjuges ou companheiros (CACHAPUZ, 2003, p. 17).

Essa conscientização da família vai ao encontro do que assevera Águida Arruda Barbosa, quando refere ser importante o enfoque da mediação familiar não somente pela pacificação dos conflitos, mas com vistas à cultura da paz (BARBOSA, 2008, p. 21).

E a paz na família é tudo o que se deseja, não há dúvidas. Desta forma, é necessária a conscientização da família mesmo após o di-

vórcio ou a dissolução da união estável, de que a forma mais saudável de tratar as questões familiares é por meio do diálogo, com respeito e consideração pelo outro, com educação e com o pensamento voltado para o bem-estar dos filhos, que são a continuação da vida e merecem especial atenção às suas necessidades e que melhor administram o rompimento dos pais se eles conseguirem conviver harmonicamente.

3. A mediação como forma de tratamento dos conflitos resultantes da guarda dos filhos

É de notar que o aspecto mais polêmico no que concerne à implementação da normatização legal da guarda compartilhada é o que trata da sua possibilidade de ser determinada quando não houver acordo entre os pais. Eis que “mesmo se ambos os pais discordarem, o juiz pode impor com o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade” (DIAS, 2013, p. 1).

Surge o questionamento se isso seria possível, se seria benéfico para as crianças, se preservaria o melhor interesse delas que pais em litígio tenham a obrigação imposta pela lei de compartilhar a guarda. Esses pais que já não compartilham as mesmas ideias, que não compartilham as mesmas opiniões e que não conseguem acordar sequer sobre quem poderá cuidar melhor dos filhos.

A guarda compartilhada pode ser uma obrigação? Pode ser implementada quando não houver consenso?

Parece-nos que sim. Que pode e que deve. E isso porque, o objetivo é preservar o bem maior, que são os filhos. Os filhos valem o esforço dos pais em tentar manter a civilidade. Se ambos querem a guarda unilateral dos filhos e não abdicam dela em favor do outro, pressupõe-se que ambos tenham afeto pela prole e que não desejam

ver modificada a sua condição em relação aos filhos após o rompimento com o cônjuge ou companheiro.

Trata-se de sopesar o que é mais importante, de colocar em primeiro lugar os filhos e de assumir uma postura de entendimento, ao menos no que diz respeito às crianças e adolescentes.

E é aí que retornamos à questão da conscientização pela paz, da cultura da paz. São inúmeras as razões que levam o casal ao rompimento, sendo inegável que ele pode ser difícil, que pode trazer infinitas mágoas e que a dor causada por um dos cônjuges ou companheiros ao outro pode perdurar para sempre. A angústia causada pela separação se prolonga durante a adaptação à nova rotina, e quiçá pela vida toda, não é algo efêmero.

Portanto, não se pretende desmerecer a dificuldade da instauração de uma guarda compartilhada quando não há consenso entre os pais. Não há utopia nesse sentido. É claro que será difícil. Mas por outro lado, também salta aos olhos que é preciso haver um esforço dos pais, um empenho grande e verdadeiro para que coloquem o bem-estar dos filhos acima das suas divergências, de modo a conseguirem compartilhar a convivência e a responsabilidade pela prole e considerem que será muito melhor para a criança ter dois pais que querem a sua guarda ao lado dela do que apenas um deles, a visitá-la de vez em quando, semanalmente ou quinzenalmente, limitando-se a fiscalizar a atuação do outro.

Neste sentido, asseverou a Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1251000/MG, julgado em 23 de agosto de 2011³, que não obstante os pais separados precisem se adequarem, se reestruturarem e fazerem concessões, a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar, de modo que a prole

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.

possa desfrutar no decorrer de sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial (BRASIL, 2011).

Conforme a Ministra, não obstante haja o problema de o divórcio acontecer no auge do distanciamento do ex-casal, quando também ficam mais evidentes as suas diferenças, o que são fatores que retiram qualquer princípio de consensualidade entre o casal, não se pode deixar de lado o melhor interesse da criança e do adolescente (BRASIL, 2011).

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).

Assim, o que se deve fazer é buscar novas soluções para a litigiosidade dos pais, “porque novo o problema -, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, *in casu*, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor” (BRASIL, 2011).

E neste aspecto entra a mediação, como forma de resgatar às partes a possibilidade de tratarem as questões litigiosas em conjunto, com um pensamento voltado para o bem-comum e não individual.

A previsão legal do parágrafo terceiro do art. 1.584 do Código Civil assinala neste sentido, de que existe a possibilidade de o juiz basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para determinar as atribuições dos pais e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada.

Assevera a Ministra Nancy Andrichi que a referida ação interdisciplinar “não busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada” (BRASIL, 2011).

Assim, dispõe a Ministra, com propriedade, que por meio da ação interdisciplinar busca-se: a) fecundar o diálogo produtivo entre os pais; b) evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda

compartilhada; c) construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer de pronto as regras básicas dessa nova convivência (BRASIL, 2011).

Esta ação interdisciplinar condiz com a mediação familiar, prática que busca a restauração da comunicação entre as partes, para que possam desenvolver um pensamento comum em favor do que é melhor para os filhos, colocando-os em primeiro lugar e realmente desenvolvendo a compreensão de que em favor deles é possível preservar a harmonia e um convívio saudável entre os pais.

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)

Contudo, a mediação requer a participação ativa das partes e depende da sua vontade para que traga resultados positivos e seja proveitosa. Desta forma, a imposição da mediação pode obstaculizar o seu sucesso, se obrigados forem os pais a participar da mediação.

No entanto, é preciso ressaltar que o que prevalece no caso de guarda de crianças e adolescentes é o seu interesse, sobre o dos pais, razão pela qual, ainda que não estejam de acordo com a realização da mediação, com vistas ao melhor interesse dos filhos ela pode ser implementada.

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.

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.

Conclusão

Verificamos por meio do presente artigo a importância do instituto da guarda compartilhada nos moldes previstos pela Lei nº 11.698/2008.

O compartilhamento das responsabilidades sobre os filhos entre os pais em patamar de igualdade, mesmo após o rompimento de seu relacionamento amoroso, é visto como benéfico aos filhos, que desta forma continuam sendo amparados pelo pai e pela mãe, com vistas à preservação de seu bem-estar.

Não há dúvidas de que podem haver tensões entre os pais no caso de ser imposta a guarda compartilhada mesmo sem consenso, contudo, eles devem trabalhar estas dificuldades em favor de seus filhos, para que possam dialogar e construir uma convivência harmônica.

Neste aspecto a mediação serve como instrumento para auxiliar os pais a se comunicarem, com vistas à preservação dos filhos da instauração de uma situação conflituosa em razão do compartilhamento da guarda.

Assim, verificamos que a guarda compartilhada pode ser instaurada ainda que não haja consenso entre os pais, mas que é necessário esforço, empenho e atitude para que ela não acabe sendo frustrada.

Referências

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação e princípio da solidariedade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM - Lumen Juris, 2008.

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. 2013.

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. 2013.

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. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A família democrática*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/97438907/Artigo-MORAES-MCB-a-Familia-Democratica>>. Acesso em: 07 dez 2013.

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

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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. *Mediação familiar: teoria y práctica: principios y estrategias operativas*. Tradução de Ana María Sánchez Durán. Barcelona: Gedisa, 2005.

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.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

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.