

GUARDA COMPARTILHADA E MEDIAÇÃO FAMILIAR - UMA PARCERIA NECESSÁRIA

ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA ¹

RESUMO – Estudo que tem por objeto o instituto da guarda compartilhada dada a necessidade de ser repensado a partir da construção de fundamentos teóricos, sem perder o elo com a evolução histórica de sua instituição, que tem como marco o Direito de Família na França. Outra abordagem decorre da experiência de instituições que se dedicam ao estudo e à prática da mediação familiar – Québec e Europa – enfrentando o desafio da coparentalidade após a ruptura do casal conjugal. Em Jornada promovida pelas instituições dedicada ao tema, extraiu-se a conclusão de que a guarda compartilhada não pode decorrer de decisão judicial, visto que sua eficácia depende da vontade de ambos os pais. A parceria entre guarda compartilhada e mediação familiar é necessária para tornar possível o exercício pleno do poder familiar pelo casal parental, em consonância com o princípio da igualdade e do superior interesse da criança.

SUMÁRIO - Introdução. 1- Evolução do instituto da guarda compartilhada 2- Fundamentos teóricos da coparentalidade 3- Mediação familiar interdisciplinar 4- Código Civil – análise dos artigos 1.583 e 1.584 5- Como construir a Guarda Compartilhada pelo espírito da mediação 6- Conclusão.

INTRODUÇÃO

O título e o conteúdo do presente estudo foram inspirados no artigo de autoria da juíza francesa Danièle Ganancia: *Justiça e Mediação Familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade*². Referido artigo aborda a evolução do instituto da mediação em parceria com o Direito de Família na França e os reflexos sobre a coparentalidade, assim como a análise dos arranjos possíveis entre os pais separados, visando à manutenção da convivência entre pais e

¹ BARBOSA, Águida Arruda. Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, advogada especialista em Direito de Família, mediadora familiar, professora de Direito de Família e Mediação, Membro da Comissão de Família e Sucessões do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, antigo membro da Fédération Internationale des Femmes des Carrières Juridiques.

² GANANCIA, Danièle. *Justiça e mediação familiar : uma parceria a serviço da co-parentalidade in* Revista do Advogado. AASP – n.º. 62, março/2001, ps. 07/15.

filhos, com ênfase na mediação familiar, uma ferramenta privilegiada para dar suporte e assegurar o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família.

A releitura do instituto da guarda compartilhada no Brasil é urgente, pois, em nome desta, muitas aberrações estão ocorrendo, dada a falta de rigor científico para a construção teórica de critérios para seu conceito e sua implantação.

Em nome da guarda compartilhada, encontra-se, com freqüência, a organização deste formato do direito de convivência para pais que residem em diferentes países, Estados ou cidades distantes, o que se torna impossível o exercício da guarda física, espiritual e moral da criança e do adolescente. Ou, ainda, a insistência da guarda compartilhada como meio de garantir ao genitor, não guardião, o direito de participar de escolha de escola, por exemplo, como se o poder familiar já não atribuísse este direito constitucional. E, ainda pior, a idéia de que, no compartilhamento da guarda, não há necessidade de fixação de alimentos.

O que ocorre, com freqüência, também, é a rejeição à guarda compartilhada, principalmente por parte de mães, fundamentando-se em mitos que perpassam os grupos sociais. Relatam, com freqüência, a observação de experiências com famílias entorno, de seu convívio, sem levar em consideração as características daquelas pessoas que servem de paradigmas, pois cada núcleo familiar tem uma história própria. Ademais, destas queixas, nem sabem muito bem o que não desejam para si, revelando, muitas vezes, traços de alienação parental.

Estes desatinos também ocorrem de parte dos advogados, que dão orientações equivocadas, confundindo a guarda conjunta com a guarda compartilhada, assim como alguns juízes e representantes do Ministério Público, que, por falta de fundamentação teórica, chegam a rejeitar cláusulas escolhidas pelas partes, por consenso, nas quais organizam o direito de convivência discriminando horários e datas especiais para retirada e devolução da criança e do adolescente, sob a alegação de que este tipo de guarda não se coaduna com tal restrição, visto que o critério de visitação é livre. Ora, é guarda compartilhada ou regime de visitas? Deixam de privilegiar uma sólida rotina, em nome de um modelo de guarda livre, que não apresenta coerência com

uma interpretação sistemática da lei, em consequência da anunciada ausência de critério.

Permanece, ainda, entre os profissionais e os pais, a idéia de que a guarda compartilhada equivale à divisão de tempo de permanência dos filhos em companhia de cada genitor, o que corresponde à guarda alternada, modelo que não foi acolhido pelo sistema jurídico pátrio, nem pelos usos e costumes, porém, muito usual em outros países, a exemplo dos Estados Unidos.

Enfim, todos estes desvios da essência da guarda conjunta ocorrem por ausência de sólidos marcos teóricos, capazes de nortear a prática desta forma de convivência, que, mesmo integrando o Código Civil Brasileiro desde 2008, representando um avanço para o Direito de Família pátrio, ainda depende de criterioso aprofundamento científico para a sua eficácia.

1.- EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Jean Carbonnier³, por ocasião do lançamento da 18ª. edição de sua obra *Droit Civil*, em 1.997, situou as mudanças paradigmáticas em relação ao lugar da criança e da mulher, nas novas configurações familiares, e, em relação à guarda dos filhos, descreve sua evolução.

Expõe o autor que, em 1.987, a França conheceu uma evolução no que diz respeito ao instituto da guarda, tratando de expulsar esta palavra, e, em vez de guardião, passou-se à expressão *com quem a criança tem a residência habitual*⁴, na falta de um termo que pudesse substituir o direito de guarda. Porém, a importância da lei que trouxe esta alteração está na desconstrução do sistema vigente, até então, para reconstruir as regras de atribuição da *autoridade parental*.

Merece realce, como reflexo paradigmático deste instituto, mencionar que, na obra de Carbonnier, em comentário, no índice geral, por ordem alfabética, consta: *Guarda da criança após o divórcio (a palavra está banida)*⁵.

³ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, Tome 2, La Famille, 18.ª Edition Réfondue: 1997, octobre, PUF (Presses Universitaires de France).

⁴ Ob. cit. p. 248/249 : « ...*Ce qui continue à manquer, c'est une expression pour remplacer le droit de garde* ».

⁵ Ob. cit. p. 545. « *Garde de l'enfant après le divorce (le mot est banni)*.

O exercício conjunto da autoridade parental aparece na mencionada lei francesa como *princípio* geral. O espírito geral da reforma é que a autoridade parental *deve* continuar a ser exercida, depois do divórcio, *nas mesmas condições em que ocorria na constância do casamento*. Em síntese, a lição de Carbonnier pode se traduzir com o seguinte conteúdo⁶:

- a) o exercício da autoridade parental conjunta não exige que o menor viva em habitação comum com os pais;
- b) ou que a criança divida seu tempo entre uma residência e outra (um sistema preconizado sob o nome de *guarda alternada* e que a lei (francesa) não acolheu;
- c) para uma certa estabilidade da criança, um dos genitores terá a atribuição de ceder a *residência habitual*;
- d) a lei deixa aberta a possibilidade de permanências mais longas na residência do outro genitor;
- e) o genitor que estiver na *residência habitual* da criança será preponderante de fato no exercício da autoridade parental no cotidiano;
- f) o exercício conjunto da autoridade parental deve ter suporte na vontade dos genitores.

Carbonnier expõe que a lei é omissa em relação a este modelo de exercício conjunto da autoridade parental, na hipótese de ser fixada judicialmente, com a imposição de decisão judicial, porém, diz o autor, é de se concluir que o consenso seja da essência do instituto, propondo a seguinte reflexão: “*Pode-se interrogar, sobre a eficácia – e a duração – desta colaboração forçada*”⁷.

Os aspectos em destaque, supra mencionados, que contém a essência do exercício da autoridade parental conjunta, deve estar presente em qualquer interpretação de texto legal, ou na aplicação da norma em caso concreto. Trata-se, pois, de admitir um princípio de moral universal⁸ como norteador das relações materno/paterno/filial.

⁶ Todas as citações em língua francesa serão apresentadas em tradução livre da subscritora deste, indicando a fonte da referência para o interesse do leitor em aprofundar as obras de estudo.

⁷ CARBONNIER, ob. cit. p. 185.

⁸ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação: A Clínica do Direito*, artigo publicado na Revista do Advogado nº. 62, AASP, 2001, pág. 46: “Pode-se afirmar que o dever de assistência à pessoa em situação de perigo

Ressalte-se que o civilista deixou esta contribuição teórica publicada em 1.997, porém, nasce a partir de observações recolhidas ao longo de duas décadas precedentes.

Embora Jean Carbonnier tenha falecido em 28 de outubro de 2003, no ano de 2013 foi publicada a Obra Coletiva intitulada *Jean Carbonnier 1908 – 2003 - Écrits*⁹, representando a continuidade de sua produção jurídica, pois, embora tenha vivido uma longa jornada de 95 anos, sua vida não foi suficiente para a publicação de todos os *escritos* e *ditos*. Portanto, outras obras póstumas serão lançadas com conteúdo de direito, ética e religião.

Esta recente obra dá destaque ao Direito de Família e, tanto é que, na introdução, o organizador assevera: *Jean Carbonnier deu o primeiro lugar à criança, à origem do casal parental - pai e mãe - virtualmente a posseção de uma parte do futuro.*

Outro aspecto ressaltado na obra póstuma, no tocante ao exercício da autoridade parental, decorre da *revolução tranqüila do direito de família com a abolição dos privilégios da masculinidade*, afinal, a partir do princípio geral que rege as legislações pós-modernas, a igualdade entre homem e mulher e entre pai e mãe, é preciso afastar a denominação poder parental¹⁰.

Diante destes destaques constantes da obra de Carbonnier, extrai-se o desenho da evolução do instituto da guarda compartilhada, norteadas por dois princípios fundamentais, quais sejam, o princípio da igualdade entre homem e mulher e entre pai e mãe, e o princípio do superior interesse da criança.

2.- FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA COPARENTALIDADE

Em relação à criança, Carbonnier exalta a reforma ocorrida a partir da Convenção da ONU de 1.989, relativa aos direitos da criança e do adolescente, que deixa de ser estigmatizada como um ser em sofrimento e passivo, para lhe

é ponto fundamental da *moral universal*, sobre o qual se funda a “Declaração dos Direitos do Homem”, fixando a responsabilidade de cada um por seu semelhante, princípio da preservação da espécie, objetivo primordial de todas as ciências”.

⁹ Obra Coletiva organizado por Raymond Verdier. Os diversos autores conviveram com Jean Carbonnier e seus artigos são dedicados aos *Ditos e Escritos* do homenageado. Editora PUF – Presses Universitaires de France, 2013.

¹⁰ Obra coletiva, cit. págs. 9 e 10

dar voz, numa posição ativa, em nome próprio, reconhecendo-lhe o direito da personalidade, afinal, passam a ser sujeitos de direito.

Um dos objetivos da nova orientação é colocar os ex-cônjuges, relativamente aos filhos menores, em situação de perfeita igualdade, em oposição à prática da mentalidade em reforma, em que a mãe parece se beneficiar da preferência do Judiciário.

Em 1999 realizou-se, em Québec, Canadá, uma jornada de estudos, tendo como título *A mediação familiar do Século XXI ou O desafio da coparentalidade após a ruptura do casal*, por iniciativa do *Centre de Médiation Iris Québec* e do *Institut Européen de Médiation Familiale*¹¹. É de se observar que há 15 anos a parceria dá-se entre duas instituições de mediação para estudar a coparentalidade, o que já indica a fundamentação teórica da guarda compartilhada, privilegiando a compreensão de um conhecimento interdisciplinar.

A publicação dos anais da jornada contém um preâmbulo de autoria de Irène THERY que merece ser transcrito:

“A coparentalidade pode ser compreendida como uma vontade de tomar o “descasamento” de modo responsável, acompanhando a precariedade dos casais contemporâneos de um esforço coletivo de invenção de novas formas de manutenção do vínculo de filiação, que vão além das questões conjugais”¹².

Eis a necessidade de jornada de estudos acerca da coparentalidade, qual seja, *“a invenção de novas formas de manutenção do vínculo de filiação”*, e a colaboração trazida pelos diversos expositores, assim como o resultado alcançado nas práticas de *ateliers-debats*, *ateliers portes ouvertes* e *ateliers pratiques* permitiram que se alinhavassem, com o devido rigor científico, os marcos teóricos da guarda compartilhada.

¹¹ Annie Babu, representante do Institut Européen de Médiation Familiale (Paris) e Linda Bérubé a representante do Centre de Médiation Iris (Québec). Ambas foram pioneiras no desenvolvimento da mediação, tanto no Québec como na França, respectivamente. Ocupam-se de formar mediadores, de acordo com rigoroso conteúdo programático, em países de língua francesa.

¹² THERY, Irène. Doutora em Sociologia do Direito, introduziu o termo « famille recomposée » (família recomposta). Dirigiu, de 1991 a 1997 uma rede internacional de pesquisa pluridisciplinar acerca de recomposições familiares (fundada em colaboração com Marie-Thérèse Meuders-Klein diretora do Centre de droit de la famille da Universidade Católica de Louvain, Bélgica. A importância de contextualizar a autora advém de sua contribuição para o Direito de Família e para a Mediação Familiar na Europa.

Dentre os participantes das sessões plenárias, merece destaque a intervenção de Maryvonne DAVID-JOUGNEAU, filósofa e socióloga francesa, que expôs a necessidade de se dedicar ao estudo da reconstrução das referências simbólicas, pois, depois da dissolução do casal conjugal, é preciso redefinir o lugar de cada um nas famílias recompostas, conforme expõe:

“Como assegurar o lugar de pai e de mãe em suas diferentes dimensões. O que é ser pai e mãe? Ser um casal parental implica no reconhecimento do lugar de cada um em uma relação triangular e que se “restitua” firmemente o lugar do pai, em igualdade com o lugar da mãe, e que a criança cesse de ser concebida (em todos os sentidos do termo), em certos casos, como apêndice da mãe”¹³

A expositora em comento ressalta que é preciso observar se o vínculo paterno/materno/filial na família “unida” tinha os marcos simbólicos fortalecidos, visto que, na guarda compartilhada, a idéia é a manutenção o mais próximo possível das rotinas mantidas entre pais e filhos, porém, quando se observa que a família “unida” era disfuncional, surge aí a oportunidade de mudanças adequadas para projetar uma relação familiar funcional. É fundamental que se tenha este olhar amplo para a compreensão do sistema familiar.

No entanto, na organização da coparentalidade é o momento de reconstruir os marcos simbólicos, afinal, se trata de uma mudança de perspectiva para todos os partícipes do núcleo familiar.

A filósofa conclui, enfim, que somente o *espírito da mediação* pode contribuir para a reconstrução dos marcos simbólicos da família transformada pela dissolução do casal conjugal.

É importante dar destaque à já noticiada iniciativa de europeus (franceses) e canadenses reunirem-se para estudar a coparentalidade e a busca de um sistema capaz de permitir a aplicação de sua efetividade, concluindo que, dada a complexidade da guarda compartilhada, a única forma possível de contemplar esta prática é pela parceria com a mediação familiar, seja preventiva de conflitos, seja para regular diferenças entre os pais, como meio

¹³ ANAIS da Jornada *La Médiation Familiale du XXI Siècle ou Le Défi de la coparentalité suite à la rupture du couple*. Pag. 77. Trata-se de edição limitada, promovida pela organização do evento e distribuída aos participantes, cuja cópia pode ser obtida no site: www.mediation-iris.qc.ca.

de aperfeiçoamento da prática do princípio constitucional de convivência familiar.

Portanto, a fundamentação teórica da guarda compartilhada – ou da coparentalidade - é a organização do direito de convivência entre pais e filhos, de acordo com o princípio da igualdade entre homem e mulher e entre pai e mãe, sempre consagrando o princípio do superior interesse da criança, com suporte no *espírito da mediação*¹⁴.

A magistrada francesa Danièle Ganancia, já referida, também participou da jornada de estudos no Québec¹⁵, e, em seu artigo *Justiça e Mediação Familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade* expõe:

*“ Quais são os meios para impor a coparentalidade quando os pais se esforçam e se obstinam em sentido contrário, porque eles não puderam ultrapassar seu próprio conflito? A autoridade parental conjunta não é uma obrigação juridicamente sancionável, mas um estado de espírito (um “estado de ser pai”) que implica respeito mútuo, tolerância, diálogo, cooperação...e, sobretudo, o reconhecimento de cada um dos pais no lugar do outro”*¹⁶.

Destarte, a guarda compartilhada deve ser compreendida como um conhecimento interdisciplinar, de complexidade, cuja prática exige acompanhamento, tanto na construção de um sistema único para aquela família (não há mais modelo universal na contemporaneidade) como o suporte periódico de conteúdo pedagógico – mediação preventiva - até que o casal parental esteja seguro para lidar com a nova forma de convivência. Portanto, ela só é possível por meio da mediação familiar.

O *Vocabulário Jurídico* organizado por Gérard Cornu¹⁷ define guarda, com a necessária clareza, conforme transcrição do verbete:

¹⁴ “Espírito da mediação” é uma expressão cunhada por mediadores franceses, como comportamento diante de pessoas em estado de sofrimento, sem que seja, obrigatoriamente a técnica do método da mediação.

¹⁵ Vide nota nº 2, supra. O artigo de Danièle Ganancia referido foi distribuído entre os 300 participantes da Jornada, como contribuição da prática da magistrada junto à vara de família de Nanterre, nos arredores de Paris. Sua formação em mediação lhe dá suporte para implantar o espírito da mediação na condução do processo e no acolhimento das partes. Atualmente lidera o movimento da mediação não mais como um modelo francês, mas como um modelo de mediação da comunidade européia.

¹⁶ Revista do Advogado nº 62, pág. 07.

“GUARDA – missão de vigilância, ação de zelar uma pessoa ou uma coisa. Tratando-se de menor: a) num sentido específico, direito e dever de exercício da guarda de uma criança menor sob proteção – isto é, de fixar residência e zelar por sua saúde, sua segurança e sua moralidade – missão que, constituindo um atributo da autoridade parental, é normalmente exercida sob responsabilidade comum de pai e mãe; b) em sentido mais amplo, engloba também – além da missão acima descrita – a vigilância e educação da criança, se bem que estas constituam, cada uma em si, um atributo distinto da autoridade parental; o , conjunto desses atributos formam hoje o exercício comum, ou unilateral, da autoridade parental”.

O que se depreende desta definição do vocábulo jurídico *guarda* é que guarda compartilhada é de natureza física, espiritual e moral, portanto, a organização da guarda conjunta pressupõe viabilidade material para a sua acolhida. Fica afastada, completamente, a fixação de guarda compartilhada quando a criança reside, por exemplo, no Rio de Janeiro, e o pai reside em São Paulo, como orientam certos advogados e homologam certos juízes. A argumentação é de que, com a facilidade de telefonia, internet, *face time*, e outras formas de comunicação suprem a distância geográfica.

A guarda compartilhada garante os genitores o convívio próximo com o filho para poder sentir a criança, ver o brilho nos olhos, perceber a preocupação com a prova escolar, enfim, se trata de intimidade, que, muitas vezes, é traduzida pelo silêncio...

Trata-se de exercício de vigilância, segurança, portanto, para o exercício da guarda física do menor é preciso estar próximo, que não pode escapar do alcance do olho. Assim, a guarda compartilhada representa o exercício do conjunto dos atributos do poder familiar, por pai e mãe, que permanecem inalterados, após a ruptura do casal conjugal.

3.- MEDIAÇÃO FAMILIAR INTERDISCIPLINAR – “ESPÍRITO DA MEDIAÇÃO”

Diante da parceria necessária entre coparentalidade e mediação, único instrumento capaz de dar eficácia à guarda conjunta, impõe-se conhecer o

¹⁷ Vocabulaire Juridique, organizado por Gérard Cornu, publicado pela Association Henri Capitant, Paris: PUF – Presses Universitaires de France, 2001, pág. 407/408.

conceito de mediação adotado pela *Association Pour la Médiation Familiale*¹⁸, conforme definição adotada desde 1998, que norteia o *Institut Européen de Médiation Familiale* e o *Centre de Médiation IRIS Québec*, que promovem a parceria entre coparentalidade e mediação, como já exposto:

"A mediação familiar notadamente em matéria de separação e divórcio, é um processo de gestão de conflitos no qual os membros da família demandam ou aceitam a intervenção confidencial e imparcial de uma terceira pessoa, o mediador familiar, cujo papel é o de levá-los a encontrar por si próprios as bases de arranjos duráveis e mutuamente aceitos, levando em conta as necessidades de cada um e particularmente das crianças no espírito de coresponsabilidade parental. A mediação familiar aborda a competição da desunião, principalmente relacionais, econômicas, patrimoniais. Este processo pode ser acessível ao conjunto de membros da *família* (ascendentes, descendentes, colaterais) concernentes à ruptura da comunicação cuja origem está vinculada a uma separação."

Porém, para a cultura brasileira é preciso, antes de tudo, demonstrar a diferença de conceitos entre mediação e conciliação, visto que haja uma confusão entre os institutos, usando-os como se fossem sinônimos.

A conciliação é um instituto arraigado às tradições legislativas e de usos e costumes brasileiros. Há muitas referências legais que prevêm a conciliação, a exemplo do artigo 331 do CPC, que estabeleceu a audiência de conciliação para todos os procedimentos, como princípio norteador de resolução ou solução de conflitos.

Como instrumento de acesso à justiça, a conciliação é a atividade que privilegia o acordo, que visa à autocomposição. Há um pressuposto entre os litigantes que é preciso perder um pouco, para não poder tudo, em caso de improcedência da ação intentada ou em potencial. Há uma expressão popular

¹⁸ www.mediationfamiliale.fr 15/12/2005 : "La médiation familiale, notamment en matière de séparation et de divorce, est un processus de gestion des conflits dans lequel les membres de la famille demandent ou acceptent l'intervention confidentielle et impartiale d'une tierce personne, le médiateur familial. Son rôle est de les amener à trouver eux-mêmes les bases d'une communication durable et mutuellement acceptable, tenant compte des besoins de chacun et particulièrement de ceux des enfants dans un esprit de co-responsabilité parentale. La médiation familiale aborde les enjeux de la désunion, principalement relationnels, économiques, patrimoniaux. Ce processus peut être accessible à l'ensemble des membres de la famille (ascendants, descendants, collatéraux) concernés par une rupture de communication dont l'origine est liée à une séparation." Définition de la médiation familiale adoptée par l'Association Pour la Médiation Familiale le 5 décembre 1998

no inconsciente coletivo brasileiro que deve ser considerado para a conciliação: antes um mau acordo que uma boa demanda.

Como na conciliação o enfoque é sobre o litígio, exclusivamente, não importando suas causas determinantes, seus efeitos sobre os litígios de Direito de Família, dada a qualidade continuativa das relações de afeto que vinculam os sujeitos de direito, os acordos nem sempre são cumpridos, devido à fragilidade do conteúdo dos conflitos, que não foram devidamente reconhecidos, acarretando a volta do litígio ao Judiciário, a exemplo da imensa demanda existente acerca de execução de alimentos.

Enfim, a conciliação é a reorganização lógica, no tocante aos direitos que cada parte acredita ter, polarizando-os, eliminando os pontos incontroversos, para delimitar o conflito, e, com técnicas de convencimento, o conciliador visa corrigir as percepções recíprocas, uma aproximação das partes em um espaço concreto.

Por isso, a atividade do conciliador opera-se com sugestões de arranjos possíveis para que possam pôr fim à relação conflituosa. O objetivo da conciliação é a celebração do acordo, visando à liberação do constrangimento decorrente da relação litigiosa. Privilegia-se o princípio da autonomia da vontade.

A diferença entre conciliação e mediação é que esta atua no nascedouro do conflito, portanto, não visa ao acordo, mas a compreensão da forma de comunicação reinante entre os conflitantes.

O fundamento teórico da mediação é singular, pois tem linguagem própria, que não comporta julgamento e exclusão, mas, compreensão e inclusão. Eis a essência da diferença entre os dois institutos em exame. Trata-se de uma dinâmica fundamentada na intersubjetividade.

Portanto, dada a complexidade do conhecimento teórico da mediação, ela não pode ser reduzida a um meio alternativo de solução de controvérsias, próprio da conciliação. A mediação visa à comunicação entre pessoas, com técnicas adequadas para promover a escuta mútua dos protagonistas, o que pode resultar no reconhecimento de seus respectivos sofrimentos, criando espaço para uma nova dinâmica.

O mediador não intervém, não sugere, não induz, pois visa promover a recuperação da responsabilidade dos mediandos por suas escolhas, sejam elas boas ou não, para que façam parte do passado, visto que a nova comunicação tem foco no futuro. A mediação exerce a sua magia no momento em que os mediandos conseguem deslocar o olhar no tempo – do passado para o futuro – permitindo-se sair da cegueira que aprisiona ao passado, para enxergar as múltiplas possibilidades oferecidas pelo futuro. Trata-se de um processo criativo, portanto é a arte de mediar que exige disponibilidade interna do partícipe.

A mediação é reconhecida como princípio¹⁹, um comportamento, uma experiência humana que assegura o livre desenvolvimento da personalidade, diferentemente da conciliação, portanto, são atividades diversificadas e de diferentes enquadres no conhecimento jurídico.

A compreensão da mediação e a atividade do mediador não podem ser contaminadas pela linguagem da conciliação, pois não lhes pertence, desvirtuando-lhes as características tão próprias.

Trata-se da adoção de uma linguagem adequada, portanto para ser mediador é preciso ter conhecimento acerca de linguagem, para promover conciliação, quando for o caso de solução do conflito, e mediação, quando o enquadre for a transformação do conflito, esta que tem como essência, necessariamente, a qualificação *interdisciplinar*.

O conceito de interdisciplinaridade também comporta ter aqui seu contorno, visto que seja complementar à mediação familiar.

A ética do cuidado e o conhecimento pós-moderno exigem linguagem interdisciplinar. Hilton Japiassu atribui conceito de natureza universal à interdisciplinaridade:

¹⁹ BARBOSA, Águida Arruda. “ *Mediação Familiar: uma cultura de Paz*” in Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo n.º 10, Ano 8, 2004, pág. 32 “A definição de mediação familiar sob o enfoque da cultura de paz – e não pela mera pacificação dos conflitos – é o ideal fundante do movimento da Associação pela Promoção da Mediação - APPM, legitimada e reconhecida pela Comunidade Européia. Destarte, na última reunião realizada pela APPM para discutir os caminhos da mediação - com ênfase da familiar – ficou consolidado para a comunidade européia que mediação é um princípio ético, um comportamento humano. Assim, a definição de mediação elaborada na conformidade do estágio de evolução em que se encontra é a seguinte: “A mediação é um processo de criação e de repartição do vínculo social e de regramento dos conflitos da vida cotidiana na qual um terceiro imparcial e independente, por meio da organização de trocas entre as pessoas ou instituições, tenta ajudá-los a melhorar uma relação ou regular um conflito que as opõe”.

“corresponde a uma evolução dos tempos atuais, resultante de um caminho irreversível, vindo preencher os vazios deixados pelo saber proveniente das áreas de especialidade do conhecimento, constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior, desencadeando uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem.”²⁰

Portanto, a interdisciplinaridade não é a atuação de diferentes profissionais, como o trabalho conjunto, por exemplo, de advogado com psicólogo, mas se trata da ampliação do conhecimento de uma ciência pela colaboração de outros saberes. Esta é, aliás, a formação que se espera de um mediador.

O “espírito da mediação”, que consta do título da intervenção da filósofa e socióloga Maryvonne DAVID-JOUGNEAU, já referida, tem como título: “*Como o espírito da mediação pode contribuir para definir a coparentalidade do século XXI?*” foi cunhado por mediadores franceses, para expressar as atitudes colaboradoras e criativas de profissionais que se comportam pela ética da mediação.

Para melhor compreensão, vale o relato do comportamento de um juiz de vara de família, que não sentiu segurança em homologar acordo que contemplava regulamentação de guarda compartilhada, visto que, em relação a alimentos e partilha de bens, os cônjuges mantinham arraigado litígio.

Propôs, então, um período de experiência de três meses, designando audiência para que pudessem relatar os efeitos da coparentalidade, trazendo, eventualmente, sugestões de mudanças no sistema escolhido, pendente de homologação.

Decorrido o prazo, na audiência o magistrado ouviu os relatos das partes, com as dificuldades que estavam encontrando para as novas rotinas, com discussão acerca de horários descumpridos pelo pai, com reflexos sobre a chegada das crianças na escola, além de outras questões inerentes ao sistema familiar em transformação.

²⁰ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, p. 72.

Feitas algumas alterações no acordo proposto pelas partes, ainda pendente de homologação, o juiz ajustou novo prazo de experiência, desta feita, de dois meses, porém, para a nova audiência designada, convocou a psicóloga e a assistente social do Foro.

Na realização desta audiência híbrida e atípica, porém, regida pela criatividade do magistrado, e a colaboração psicossocial para que os pais reforçassem a responsabilidade, com melhor definição dos papéis, os pais demonstraram empenho no aprimoramento da prática, decidindo celebrar acordo em relação às pendências litigiosas, pois se deram conta de que precisavam investir no vínculo paterno/materno/filial.

Designada nova audiência para dois meses mais tarde, foi homologado o acordo, completamente diferente daquele apresentado no primeiro contato com o juiz. Os pais tiveram a oportunidade de extrair da reflexão proposta, e com o tempo concedido, a forma de convivência possível para aquele núcleo familiar e não aquele idealizado.

O juiz foi movido pelo espírito da mediação, de forma empírica, sob o ponto de vista teórico, mas, numa atitude ética diante daquela família trouxe a bagagem de décadas de experiência em vara de família.

O que depreende deste singelo relato é que mediação é a arte de criar, de ousar.

4.- CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE DOS ARTIGOS 1.583 E 1.584

A lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, introduz o instituto da guarda compartilhada no ordenamento pátrio, depois de uma longa luta, representando uma conquista e um avanço para o Direito de Família. Embora tenha recebido muitas críticas, pela possibilidade de ser decretada pelo juiz, sem consenso de uma das partes, o que não é pertinente com a natureza de seu conteúdo, a nova lei alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, em perfeita sintonia com a Constituição Federal, artigo 229, que assegura aos pais o dever de criar, educar e assistir os filhos menores, e com os artigos 21 e 22 do ECA – Estatuto

da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que regulam esses mesmos deveres e o exercício do poder familiar.

O voto de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrichi²¹ enfrenta a interpretação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, no qual sistematiza as inúmeras indagações a respeito do instituto da guarda compartilhada, dentre as quais a mais instigante é acerca da necessidade de consenso para a sua aplicação, pois, muitos autores e decisões judiciais vêm na concordância de ambos os genitores um pressuposto *sine qua non* para a guarda conjunta.

Outra questão exaltada pela magistrada é a tese que vem sendo sustentada de que a guarda compartilhada deve ser a regra, adotando esta orientação com fundamento na doutrina de Belmiro Pedro Welter:

(...) com a adoção da principiologia constitucional, a regra é de que se presume, *juris tantum*, a guarda compartilhada, em vista da necessidade da convivência e do compartilhamento do filho com o pai e mãe. É dizer, como a regra é a guarda compartilhada, a guarda unilateral passa a ser a exceção (...) (op. Cit. P. 64).

Em relação à litigiosidade entre os pais, como impeditivo de fixação da guarda conjunta, fica afastada conforme exporá, a seguir.

Ponderando os argumentos a favor e contra a fixação compulsória da guarda compartilhada – portanto, oriunda de pleito litigioso – argumenta a julgadora: “A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém, necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta”.

Outro aspecto da interpretação da norma exalta a distinção entre guarda alternada, na qual [...] a criança fica em um período de tempo – semana, mês, semestre ou ano – sob a guarda de um dos pais que detém e exerce, durante o respectivo período, o Poder Familiar e forma exclusiva, fórmula repudiada pela doutrina e jurisprudência, e a guarda compartilhada, com exercício conjunto da custódia física, ao revés, é processo integrativo, que dá à criança a

²¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy, relatora do STJ, relatora do Recurso Especial nº. 1.251.000 – MG (2011/0084897-5) (f)

possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de integração [...].

Enfim, o voto paradigmático em comento alinhava a problemática da interpretação legal da norma que insere a guarda compartilhada no ordenamento pátrio, demonstrando a tendência jurisprudencial de acolhimento da hipótese de guarda compartilhada compulsória, prevalecendo o superior interesse da criança sobre a litigiosidade dos pais.

Merece destaque, ainda, a análise do art. 1.584, parágrafo 3º. do CC no qual há menção de que o juiz poderá se valer de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições de pai e mãe, assim como os períodos de convivência sob guarda compartilhada.

Tal exegese impõe o cotejo com o Enunciado 335 do CEJ: “*A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar*”.

Depreende-se, desta assertiva preconizada pelo enunciado, assim como o texto legal em recorte, a menção de equipe interdisciplinar, que necessita de definição sistemática.

No voto em destaque, a Ministra Andriahi assevera: [...] *Busca-se, por esta ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre pais; segundo, vivenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada, terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta, ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência [...].*

Conforme conceito de interdisciplinaridade de Hilton Japiassú, transcrita e referida em nota de nº. 20 *supra*, o que existe é um saber interdisciplinar, ademais, conforme já exposto, a mediação familiar é, por excelência, um conhecimento interdisciplinar.

A norma em exame contém um equívoco, visto que deveria se referir a uma equipe multidisciplinar e não interdisciplinar. Porém, a indicação de mediação interdisciplinar é a essência que deve ser contemplada e incentivada. Portanto, o dispositivo legal deve ser interpretado nestes termos, afastando a interpretação literal, pois, divorciada da coerência sistemática do rigor científico deste conhecimento, na contemporaneidade.

5.- COMO CONSTRUIR A GUARDA COMPARTILHADA PELO ESPÍRITO DA MEDIAÇÃO²²

A construção da guarda compartilhada é complexa, pelo que os pais, geralmente, não se encontram em condição de restabelecer os papéis do sistema familiar em mutação, e, em geral, não recebem o devido apoio da família, nem mesmo dos profissionais do direito, despreparados para a humanização da prestação jurisdicional, seja para julgar a lide, seja para homologar acordos construídos em conciliação que, com freqüência, só servem para *jogar a sujeira debaixo do tapete...* Prestam-se a resolver o litígio, porém, distantes de transformar o conflito (objeto da mediação).

Repisando o paradoxo socrático “*Ninguém faz mal voluntariamente, mas por ignorância, pois a sabedoria e a virtude são inseparáveis*”, a Psicanalista e Mediadora Familiar Giselle Groeninga²³ assim discorre sobre o lugar da criança nos conflitos familiares:

“Levando-se em conta os níveis inconscientes de ligação em uma família, vemos que a criança ocupa, muitas vezes, o lugar não de projeto mas de “projeção”- mecanismo psíquico segundo o qual se atribui o que é de si próprio ao outro, como características, desejos, afetos. Assim, assistimos, muitas vezes, à criança passando a ocupar lugar central em uma família em detrimento do lugar central do casal e das responsabilidades que lhes cabem. Infelizmente, em um certo número de casos, os casais desaparecem dando lugar aos pais. Casais sem amor ou famílias monoparentais estão aí para testemunhá-lo. Aparece, assim, a criança que acaba por importunar, não aquela com a qual devemos nos importar”.

²² BARBOSA, Águida Arruda. *Responsabilidade parental após o divórcio: guarda compartilhada*. Artigo publicado na obra coletiva *Direito e Responsabilidade* coordenada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, págs. 51/63

²³ GROENINGA, Giselle. “Do interesse à criança ao melhor interesse da criança – Contribuições da Mediação Interdisciplinar”, in *Revista do Advogado* n.º 62 AASP, coordenação de Lia Justiniano dos Santos. Março 2001.

Eis, portanto, a importância do conhecimento interdisciplinar, indispensável para capacitar o operador do Direito de Família à percepção de que os pais, em conflito – e não obrigatoriamente em litígio – não estão capacitados, momentaneamente, à verbalização e à compreensão do que é o “*melhor interesse da criança*”. Aquelas pessoas em estado de sofrimento não conseguem discriminar, sequer, o casal conjugal – em dissolução - do casal parental – em reconstrução.

Uma experiência enriquecedora para uma relação guiada pelo “espírito da mediação” é proposição ao casal, de uma atividade dirigida, consistente na observação do cotidiano, durante um determinado período, por exemplo, uma semana, durante o qual os cônjuges elaboram um registro, listando a identificação de atitudes do casal conjugal, discriminando-as do casal parental.

O resultado é surpreendente. A tarefa que, num primeiro momento, parece simples, apresenta profundas dificuldades, muitas vezes tornando impossível a realização da proposição.

Quando se dão conta da ausência de discriminação entre os papéis de casal conjugal e de casal parental é que se permitem a percepção do melhor interesse da criança.

O civilista Gérard Cornu, relativamente à ruptura do casal com filhos menores, assevera, duramente²⁴:

“Na situação familiar o divórcio muda tudo. A separação dos pais torna impossível que os filhos vivam com o casal parental unido. O divórcio põe fim à comunidade de vida parental vivida na realidade cotidiana do mesmo lar. Mesmo no exercício conjunto há dois lares. Do divórcio nasce uma família monoparental, se os filhos permanecerem com um dos genitores, ou duas famílias monoparentais, se for organizada uma autoridade parental conjunta. Esta adaptação é colocada pela lei sob a inspiração de uma diretiva fundamental: o divórcio revela que o interesse da criança é um interesse superior à salvaguarda do qual, na desunião parental, a sociedade é chamada a velar, por se tratar a um interesse exterior aos pais, no sentido de que a criança não lhes pertence como uma coisa a partilhar, como a prataria, nem um ser que está na terra para assumir seus problemas, mas para cumprir seu destino. Esta é a

²⁴ CORNU, Gérard. Droit Civil – La Famille. 7.^a Edição Montchrestien. 2001

mensagem que, no divórcio, a sociedade dirige aos pais desunidos. Pais, vocês não são nada. [...] Pais, vocês são tudo. Interesse superior não significa nem interesse exclusivo, nem domínio estranho. Os pais sofrem também, e seus filhos os amam. Seus interesses próprios e respectivos são legítimos. E mesmo seus erros como cônjuges, não os desqualificam como pais. Sua vocação natural para nutrir suas relações parentais permanece inteira, assim como a sua vocação a participar da construção, à adaptação necessária[...].

Portanto, a construção da guarda compartilhada, tendo como ferramenta a mediação familiar interdisciplinar, evita conflitos de lealdade, em que os filhos se sentem traidores do pai ou da mãe, quando se sentem felizes com aquele que é *inimigo* do outro genitor. Há uma sensível diminuição do uso dos filhos como *mísseis balísticos* colocados nos ataques ao ex-cônjuge.

Ambos os genitores participam mais direta e igualmente dos critérios de imposição de limites e proibições próprios a cada idade, e das gratificações que, em geral, são mais intensas nos momentos de lazer, atribuídos ao genitor visitante, quando a guarda é exclusiva.

Ademais, o desenvolvimento da criança é muito mais harmônico, em virtude do convívio com o gênero masculino e feminino, paterno e materno, facilitando os processos de socialização e identificação.

É claro que tanto a Mediação como a guarda compartilhada tem limites, não se aplicando a determinados casos. O principal impedimento é a ausência de disponibilidade de um dos genitores em exercer a guarda compartilhada, por se sentir incapaz de assumir responsabilidades parentais. Sentem-se também desmotivados a participarem de uma instância de Mediação. Em tais casos, o Judiciário pode exercer importante papel na conscientização do genitor pouco preparado para assumir a responsabilidade parental. A pressão do limite da lei e do valor simbólico do jurídico sobre o indivíduo pode desencadear uma atitude mais adulta e capaz de aceitar a colaboração ofertada pelo juiz, desde que este tenha conhecimento e domínio do método da Mediação.

É inadequado propor guarda compartilhada quando um dos genitores é portador de distúrbio psíquico grave, ou que não se submete a tratamento, assim como a presença de adicção a álcool ou dependência química, oferecendo insegurança à criança e ao adolescente.

6.- CONCLUSÃO

Guarda compartilhada ou conjunta deve ser estimulada, porém, a parceria com a mediação familiar interdisciplinar é necessária, seja de natureza preventiva, como suporte para pais enlutados pelo fim do casamento ou da união estável, seja para dar voz aos pais para que sejam capazes de refazer as funções simbólicas da triangulação pai – mãe – filho.

A coparentalidade só se aplica a uma família funcional, portanto, o superior interesse da criança e do adolescente poderá ser assegurado com a guarda exclusiva, ao menos num primeiro momento.

Os dispositivos legais que regulam a guarda compartilhada devem ser interpretados sistematicamente, e o “espírito da mediação” é a ética esperada para uma visão ampla das relações familiares, com fundamento no conhecimento interdisciplinar, para permitir que cada núcleo familiar projete o futuro de acordo com suas características, suas limitações, suas possibilidades.

Ademais, a guarda conjunta deve ser concebida para repartir os encargos na criação da prole, para criar espaço às questões de gênero, afinal, o superior interesse da criança é de ter o seu lugar no mosaico familiar, e que seus pais possam refazer a vida afetiva.

São Paulo, 27 de junho de 2014

