



12

A guarda compartilhada e o relacionamento parental na interface psicojurídica

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira: veronicacezarferreira@tavola.com.br

CV: <http://lattes.cnpq.br/1461501345320159> - Bacharel em Direito, USP. Doutora e Mestre em Psicologia Clínica, PUC-SP. Consultório: R. Belini 140, São Paulo.



BSTRACT RESUMO ABSTRACT RESUMO ABSTRACT

Resumo A Psicologia entende a criação dos filhos pelos pais como importante ao seu melhor desenvolvimento biopsicossocial. A lei determina convivência familiar e comunitária e, para ela, a prioridade é o bem-estar do menor. Partindo desses pressupostos, este trabalho intenta contemplar a visão psicojurídica na fixação adequada de guarda compartilhada entre pais divorciados, sob pena de se tornar letra morta no rol da legislação pátria.

Palavras Chave Guarda Compartilhada; Visão Psicojurídica; Interdisciplinaridade; Direito de Família; Psicologia da Família.

Abstract Assuming as a premise that Psychology considers parents participation fundamental in their offspring biopsychosocial development, and that Brazilian Law imposes children upbringing by their parents in family life, this research intends to contemplate a psychojuridical view on parental relationship for adequate fixation of joint custody after divorce at the risk of becoming an invalid reference in the context of the relevant legislation.

Abstract Joint Custody, Psychojuridical View, Interdisciplinarity, Family Law, Family Psychology.



INTRODUÇÃO

O relacionamento entre pais nem sempre foi o mesmo nas diversas culturas, legislações e sociedades, nas diversas épocas da História. Sempre houve relação entre umas e outras, embora a conversação entre elas não fosse direta e clara e não houvesse a base científica atual para se estabelecer e compreender as inter-relações.

Tal possibilidade ocorreu na segunda metade do século XX com o aparecimento de uma nova epistemologia que revolucionou o pensamento e acarretou uma nova cosmovisão, mudando as formas de raciocínio.

No que tange à família esse novo pensar permitiu observá-la sob novos ângulos, de modo inter-relacional e, assim, compreendê-la de modo mais coerente com a realidade existente.

A relação entre pais e filhos e, especialmente a daqueles em sua função parental tomou novos contornos, o que permitiu, a partir de estudo interdisciplinar, ajudá-los a melhor exercer o dever de criar e educar os filhos no rumo do melhor desenvolvimento biopsicossocial.

Nesse contexto, destacaram-se, em especial, as ciências do Direito e da Psicologia, ao lado de outras, como História e Sociologia, por exemplo.

As maiores dificuldades no exercício da parentalidade encontram-se, como observado e estudado, nas situações de ruptura conjugal: separação e divórcio.

A propósito, optamos pela indistinção entre ambas as expressões, embora a lei tenha permitido o divórcio direto (E.C.⁶³ n° 66, de 2010). Embora a maioria dos operadores do direito entenda que não mais existe, legalmente, a separação, a opinião não é unânime.

Este trabalho tem como objetivo discutir e trazer resultados de pesquisa de doutorado (CEZAR-FERREIRA, 2013) acerca de lei recente que alterou o Código Civil, de 2002, e introduziu a chamada guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Trata-se da Lei n° 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os artigos, 1.583 e 1.584 daquele Código, e é de suma importância para a educação e criação dos filhos dos divorciados, mas que, ao mesmo tempo, se não aplicada, adequadamente, tenderá a se tornar mais uma letra morta no rol de outras que a legislação encerra.

Eis o teor da lei que instituiu a Guarda compartilhada:

Art. 1^o Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

⁶³ E.C. – Emenda constitucional.



§ 1^o Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5^o) 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.

§ 2^o 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.

§ 3^o 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.

§ 1^o 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.

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

§ 3^o 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.

§ 4^o 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.

§ 5^o 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.

Este é um estudo psicojurídico e, portanto, vê Direito de Família e Psicologia da Família como unidade científica necessária à interpretação dos dramas relacionais que encerra o processo de divórcio e necessária à melhor aplicação legal. É de



se considerar que a Constituição Federal, de 1988, preconiza a dignidade do ser humano como o bem maior, e que o Direito de Família dá espaço suficiente para o melhor exercício possível, nessa área.

1. SOBRE AS RELAÇÕES PARENTAIS

A família é uma construção cultural e a relação entre pais e entre pais e filhos sempre existiu, uma vez que, qualquer que fosse, constituía um tipo de relacionamento. No sentido que se lhe dá hoje em dia, porém, é bastante recente o que se pode chamar de relação parental ou relacionamento parental, ou seja, o relacionamento dos pais no que tange aos cuidados e responsabilidades com os filhos.

A História informa que o modelo de família é construído para naturalizar uma determinada organização social. As bases que definem as relações de gênero e sustentam as funções materna e paterna são históricas, construídas e ideológicas (CECCARELLI, 2006). E, as mudanças nos modelos familiares têm inevitáveis reflexos nas definições de papel do par parental.

Compreendida como nuclear e extensa – a primeira formada por pai, mãe e filhos; a segunda, por pessoas unidas por laços de sangue, ou não, que habitam juntas ou vivem próximas – esse primeiro modelo nem sempre ocupou posição privilegiada. (SILVA, 2002).

No Direito Romano, conjunto de regras jurídicas em vigor de 753 a.C. a 565 (MARKY, 1992; PINHO, 2002), em que o *pater familias* designava o chefe, não o pai no sentido que se conhece, mas como a autoridade máxima e em que o vínculo familiar não era de sangue, mas de poder (PINHO, 2002, p.7), tendo, portanto poder absoluto sobre a família e sobre a pessoa dos filhos (CRETELLA JUNIOR, 1994; PONTES DE MIRANDA, 2000), a lei mudou muito.

O Direito Brasileiro baseia-se no Direito Romano, vindo pelo caminho das Ordenações Filipinas (1603), as quais vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916. O Código de 1916 era avançado para a época, mas ainda predominantemente patriarcal.

Segundo Ariès (1978), a educação formal das crianças começou na Idade Moderna, período compreendido entre o século XV e o século XVIII, com os religiosos jesuítas e oratorianos, ordens dedicadas ao ensino. E, foi a partir do século XVIII que a família começou a se organizar em torno da criança, restringindo-se mais à convivência familiar.

Para Julien (2000), o século XX assiste à maior distinção entre o espaço público e o privado, sendo o primeiro, o espaço da conjugalidade, e o segundo, o espaço da parentalidade. Cada vez mais os representantes do espaço público invadem o território privado da família, e as crianças passam também a ser cuidadas por terceiros provenientes do mundo social, como o



professor, o pediatra, o psicólogo, o assistente social e o juiz. Segundo esse autor, a modernidade passa a priorizar o bem-estar das crianças, priorizando-se a proteção, a segurança, a assistência e a prevenção (PENTEADO, 2012). Na contemporaneidade, o estudo do Direito e da Psicologia apontam na mesma direção.

O Código Civil de 1916 previa uma só forma de família: a constituída pelo casamento. Era, portanto, conceito singular que permaneceu até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesta, foram reconhecidas diferentes formas de família, chamadas de entidades familiares.

Hoje, além das formadas pelo casamento, são famílias ou entidades familiares, no Brasil, as provenientes de união estável, as resultantes de pai com seus filhos ou de mãe com seus filhos, as formadas por casais homoafetivos, dentre outras.

O aval definitivo para a mudança nas relações familiares veio da Constituição Federal de 1988, que, em matéria de família, ampliou o conceito, equiparou homem e mulher na sociedade conjugal e nas relações paterna e materna, conferindo a ambos o exercício do poder familiar (nova designação para pátrio poder) e determinou a igualdade filial, independentemente da natureza da filiação.

A Constituição determinou como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶⁴

1.2 DO PODER FAMILIAR

O Direito reflete o pensamento social de seu tempo. Assim, a forma como a sociedade é estruturada e como se dão as relações sociais é que vai nortear a elaboração legislativa.

Não se há de imaginar que o poder absoluto do pai tenha brotado da mera vontade dos legisladores, nas várias épocas.

Séculos transcorreram, dando total primazia ao homem em todos os aspectos da existência. A mulher era praticamente inexistente enquanto força e presença social, mas útil, como termo de comparação, para que ele ainda mais se investisse do poder absoluto de ser, de ter e de poder. Diante de tamanha cisão não havia como pensar em compartilhamento nas relações de gênero (CEZAR-FERREIRA, 2004a).

A Constituição de 1988, como se disse, ressaltou a proteção à dignidade da pessoa, ampliou o conceito de família, equiparou pai e mãe no exercício do poder familiar e determinou a igualdade filial.

⁶⁴ Cf. art. 227 da Constituição Federal, de 1988.



O art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), veio consagrar o preceito constitucional, determinando que:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Como a Constituição Federal é a Lei Maior à qual todas as demais devem submeter-se, foram essas determinações constitucionais que permitiram que o novo Código Civil estabelecesse normas correspondentes àquela orientação.

O novo Código Civil adveio em 2002, o que não significou ruptura abrupta. Na verdade, ele veio integrar princípios e valores do Código Civil de 1916 com princípios e valores dos novos tempos, num processo, cuja tramitação no Congresso Nacional levou vinte e seis anos, mas cuja transformação imperceptível começou muito antes, em nosso processo de construção histórica e social. O novo Código não abandonou as linhas mestras de codificação do Código de 1916. (CEZAR-FERREIRA, 2004b, 2007, 2012).

O Código Civil de 2002, no art. 1.634, trata dos deveres e direitos dos pais, os quais devem ser exercidos sempre no melhor interesse dos filhos menores, conforme já determinava a Lei nº 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, outro importante diploma legal do século findo, conforme mencionado.

O novo Código atribui o poder familiar a ambos os pais, só o exercendo um deles, na ausência ou impedimento do outro.

O poder familiar não é livre e absoluto como era o pátrio poder na Roma antiga e em tempos intermediários. O Estado, no intuito de proteger os menores de idade, fiscaliza o exercício do poder familiar para garantir que seja exercido no superior interesse daqueles e, ao mesmo tempo, impedir que o exercício possa ser prejudicial aos filhos.

Dentro do princípio protetivo, o poder familiar pode ser suspenso em alguns casos e perdido, em outros. Na primeira hipótese, cessado o fato que deu causa à suspensão, o poder pode ser restabelecido.

O poder familiar extingue-se pela morte de um dos pais ou do filho e pela maioridade desse último.

A lei prioriza o melhor interesse dos menores⁶⁵ e, nesse sentido, o Estado tutela o bem-estar das crianças e adolescentes, exigindo dos pais todo o empenho na proteção dada à pessoa

⁶⁵ Cf. ECA, artigo 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.



deles, qualquer que seja a condição do casal, casados ou não. A dignidade da pessoa humana é o bem maior⁶⁶.

Tradicionalmente, o Direito falava em pátrio poder, expressão que não mais existe entre nós. Hoje, o Código Civil Brasileiro fala em poder familiar, não apenas indicando, mas, determinando a total equiparação entre homem e mulher dentro da família. A mudança de denominação, de pátrio poder para poder familiar, é por si mesma importante, pois representa a pá de cal nas diferenças de gênero quanto a direitos e deveres dos cônjuges em relação à sociedade conjugal e dos pais em relação aos filhos.

A partir do século XX, a Psicologia surgiu como um dos agentes normatizadores da sociedade.

No Brasil, atualmente, o poder familiar está distribuído igualmente entre marido e mulher, entre pai e mãe.

Com a equiparação entre homem e mulher na sociedade conjugal e entre pai e mãe nas relações paterna e materna, sacramentou-se a mudança no relacionamento parental. Isso, no entanto, não foi fruto de mera determinação legal, antes, a mudança legislativa deveu-se às inúmeras transformações ocorridas na cultura, na sociedade e na própria lei, durante as quase nove décadas de vigência do antigo Código Civil.

Contemporaneamente, o poder familiar adquiriu caráter protetivo. As obrigações, impostas e monitoradas pelo Estado, constituem antes de deveres privados, um múnus público da exigência de que os pais zelem pelo futuro dos filhos.

Maria Helena Diniz define esse poder como o:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2012, p.601).

Outros juristas, como Washington de Barros Monteiro (2001, p. 289) atribuem ao poder familiar conceitos semelhantes.

A lei nº 11.698, de 2008, instituiu a guarda compartilhada. Até então, só a guarda unilateral constava da legislação civil.

2. FAMÍLIA E PARENTALIDADE

Até a revolução feminista dos anos sessenta, as tarefas parentais eram bastante bem estabelecidas: o pai era provedor da família e respondia por ela no âmbito social, e a mãe criava os filhos, provendo-lhes cuidados e afeto na intimidade familiar, ou

⁶⁶ Principal valor tutelado pela Constituição Federal de 1988.



seja, o pai era “o cabeça da família” e a mãe, “a rainha do lar” (CECCARELLI, 2006).

Com a saída da mulher do lar e sua entrada no mercado de trabalho, ocorreram modificações sistêmicas na família, geradas por novas necessidades. Começou a haver nova distribuição de tarefas em relação aos filhos, tornando-se o pai mais participante do dia a dia familiar, alternando com a mãe tarefas como levar ou buscar os filhos na escola, levar a serviços de saúde, e participando de atividades de lazer. A mulher começou a colaborar com as despesas domésticas, e, assim, ambos tiveram que encontrar um novo patamar de estabilização da relação.

Bem verdade que nem tudo foi rápido ou fácil; bem verdade, também, que mais rapidamente o marido se acostumou à contribuição pecuniária da parceira do que a colaborar nos cuidados diuturnos da correria da vida dos filhos. Hoje, cinquenta anos depois, com a naturalização⁶⁷ que o comportamento coparticipativo adquiriu, conversa informal com jovens entre 15 e 30 anos de idade indica que os mais jovens praticamente não imaginam como era a vida familiar de então.

A família continua a ser a base e a matriz da segurança e desenvolvimento dos filhos (BOWLBY, 1990). Os pais são sua referência e norte.

Bowlby (1990) criou a teoria do apego. Apego significa um vínculo afetivo entre um indivíduo e uma figura de apego, geralmente, um cuidador. Os laços entre uma criança e um cuidador são baseados nas necessidades de segurança e proteção da criança, fundamentais na infância. A teoria propõe que crianças se apegam instintivamente a quem cuide delas. A meta biológica é a sobrevivência, e a meta psicológica é a segurança.

O apego gera certo tipo de vinculação. Nessa concepção, de acordo com o apego adquirido, o indivíduo terá base para, na vida adulta, ter diferentes reações diante de situações de proximidade e afastamento, como é o caso da separação conjugal. Isso, todavia, não deve ser entendido de forma determinista, uma vez que experiências posteriores à infância poderão alterar os padrões de apego.

Ainda com foco na Psicologia do Desenvolvimento (AINSWORTH et al, 1978) fizeram estudo, hoje também clássico, sobre o comportamento de vinculação das crianças, concluindo que o relacionamento próximo e adequado a cada fase leva a uma vinculação segura, a qual permite que a criança explore com segurança o mundo ao seu redor. A Ainsworth, que confirmou os conceitos de Bowlby, é atribuído o conceito de base segura.

Segundo Semensato (2009), a teoria do apego aproxima-se da teoria sistêmica (Bertalanffy, 1977), pois ambas

⁶⁷ N.A. Entendemos por naturalização a propriedade de, em razão da continuidade do uso, passar-se a ver como natural, algo que é, originariamente, cultural.



consideram as relações familiares para o desenvolvimento humano e procuram explicar as relações entre o individual e o familiar.

Autores, como Silva (2002), concluem que mesmo a família não sendo mais como a de cinquenta anos atrás, tendo membros mais independentes e se organizando em diferentes estruturas, ainda assim, esses membros mantêm forte ligação entre si, e ela, família, permanece una e solidária.

A família parece ser uma organização que, sob as mais diferentes estruturas, tende a se eternizar e a se universalizar em importância para o ser humano. Isso, independente das dicotomias amor e ódio, aceitação e rejeição. A família costuma ser referência do que se quer, ou não, como modelo.

Por outro lado, as mudanças atuais nos modelos familiares se refletem nas definições de papéis parentais (CECCARELLI, 2006).

Qualquer dos pais pode prestar cuidados em relação aos filhos, embora não se possa desconsiderar o fato de que no começo da vida o ser humano depende fortemente da mãe ou de outro cuidador, pois sendo nessa fase o mais dependente dos interdependentes, requer proximidade, atenção, alimentação, proteção e afeto, necessitando de constante interação com quem lhe cuide. Apenas duas atividades o pai não pode exercer: gestar e amamentar ao peito.

As famílias são as famílias que as pessoas veem nelas. Há quem privilegie laços sanguíneos, ou semelhança física, ou residência comum, ou a existência de filhos, ou ainda quem cuida. Há também quem adote uns desses critérios e pretira outros. Como diz Souza (2010),⁶⁸ são vários os vínculos utilizados para definir uma família: biológico, residencial, afetivo e outros, mas, fundamentalmente, a família pode ser vista como uma unidade de cuidado, que é como a lei também a vê, hoje. As várias características de uma determinada família é que permitirão que ela seja identificada como A ou B. Não há melhor ou pior família, em si, e o que, provavelmente vai diferenciá-las é o quanto podem ser funcionais e afetivas nos cuidados com os seus membros, ter limite de assertividade claro e limite de afetividade alto.

2.1 CASAMENTO E SUAS DECORRÊNCIAS

As grandes transformações sociais da década de sessenta acarretaram profundas modificações nas relações de gênero. O casamento deixou de ter como dogma que seria eterno, dando margem a questionamentos. A mulher, sobretudo em função das conquistas obtidas pelo advento da pílula anticoncepcional e do ingresso no mercado de trabalho, e pela valorização da prestação

⁶⁸ Comunicação oral. PUC-SP, 18/3/2010.



de serviços, passou a interrogar-se e ao parceiro sobre a qualidade de sua relação conjugal.

Aumentou, significativamente, o número de divórcios. ***Índices atualizados do IBGE⁶⁹ indicam que o número de divórcios no Brasil cresceu 45,6%, em 2011, em relação a 2010.***

Os casamentos, no entanto, também podem ser duradouros e satisfatórios. Habilidade na comunicação é imprescindível para a satisfação nas relações conjugais.

Confiança recíproca e respeito mútuo, abertura, tomada conjunta de decisões, correspondência na sexualidade, humor são alguns dos itens geradores de satisfação conjugal. Conclusão importante do estudo de Norgren et al (2004) é que o casamento satisfatório é menos uma questão de escolha certa e mais de trabalho em equipe (NORGREN et al., 2004, p. 583). Resultados dessa ordem podem ser úteis, como norteadores, para o tratamento dos conflitos conjugais, considerado o contexto em que se inserem.

A coexistência do desejo de constituir família e os avanços havidos, sobretudo na tecnologia e informática, persiste e é possível. A separação, entretanto, também persiste e é uma crise não previsível do ciclo vital da família. O equilíbrio emocional de seus membros será afetado, as pessoas ficarão fragilizadas, tenderão a regredir, emocionalmente, e seus impulsos tenderão a exacerbar-se.

Os filhos, quanto mais tenra a idade, mais dependem dos pais para desenvolver-se biológica, psíquica e socialmente de forma adequada.

Diante da compreensão do psiquismo como fruto de inter-relações, a separação não pode mais ser considerada uma questão de leis, apenas. A separação não envolve, tão-somente, uma discussão quanto a direitos e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação pode acarretar nos levam a perceber que ela é mais do que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades.

O compromisso da família, enquanto instituição jurídica, não é tão difícil de ser desfeito; difícil é desfazer seu comprometimento como unidade psicoafetiva, porque, como tal, o elo não se desprende tão facilmente sem deixar atrás de si um rastro de prejuízos emocionais.

Da separação ou divórcio, porém, decorrem compromissos de ordem psicológica, jurídica e prática, como é a questão da guarda dos filhos.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2294&id_pagina=1>. Acesso em: 20/2/2013.



3. OS CUIDADOS CONJUNTOS

Acreditamos ser o afeto a base do relacionamento humano, a primeira forma de envolvimento do ser humano com o mundo e o ponto de partida para desenvolver-se, aprender e adquirir sua visão de mundo. Como dizemos em Cezar-Ferreira (2012, p. 58), a família é a “pré-escola” da vida.

Os cuidados físicos e afetivos com o bebê levam-no a estar bem no mundo. Sua saúde, sua autoestima, seus aspectos cognitivos estão diretamente ligados a essas atenções. Os pais deverão ser dotados de competência e conhecimentos específicos que os capacitem a identificar e acompanhar os filhos nas várias fases de desenvolvimento de modo a prevenir e evitar dificuldades que gerem ciclos familiares de insucesso (SOARES, 2008).

À medida que crescem, as crianças precisam de cuidados necessários a cada fase do desenvolvimento.

Grzybowski e Wagner (2010) explicam a coparentalidade como um interjogo de papéis relacionados ao cuidado integral da criança pela responsabilidade conjunta dos pais a favor de seu bem-estar.

3.1 A GUARDA DOS FILHOS

Após a separação conjugal, qualquer que seja a organização de família, os filhos menores e os incapazes por razão que não a idade deverão ficar sob os cuidados diários de um dos pais ou de ambos. O instituto jurídico que regula a matéria se chama guarda e é um dos atributos do poder familiar.

A apreciação de casos judiciais de família em que se discutem questões como atribuição de guarda, regulamentação de visitas e alimentos permite observar que o problema não pertence a uma única disciplina: pertence ao âmbito psicojurídico. Nesse recorte, ao Direito, por exemplo, pertence organizar a relação parental pós-divórcio, como à Psicologia pertence pensar em como ajudar as pessoas a se ajudarem⁷⁰ no sentido de aderirem àquela organização, não apenas estipulando acordos, mas cumprindo-os, o que é seu dever.

Ninguém é obrigado a ter filhos, mas pais, em qualquer das formas de entidade familiar, são obrigados a criá-los, não apenas pelos desígnios do afeto e do bom senso, o que seria desejável, mas em função de lei que o determina. Ainda assim, se não estiverem equilibrados emocional e relacionalmente, nenhuma lei terá eficácia suficiente.

Até a promulgação da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, e instituiu a guarda compartilhada, havia no país, legalmente, uma

⁷⁰ N.A. – As pessoas só podem ser ajudadas na medida de seus próprios recursos.



modalidade de guarda de filhos na separação: a guarda unilateral.

3.2. A EVOLUÇÃO DA VISÃO PSICOJURÍDICA

Do início do século para cá, os operadores do direito começaram a invocar a Psicologia com espontaneidade. Parece ter-lhes ficado claro que é difícil o encontro de soluções no Direito de Família sem a consideração dos aspectos emocionais e psicológicos dos envolvidos e suas consequências, especialmente para os menores.

As perdas, entre as quais se incluem as advindas do divórcio, geram sentimento de luto. No luto sadio, expressão usada por Bowlby (1993), o indivíduo passa por sentimentos que podem ir da negação da perda até sua elaboração com consequente reorganização da vida, sendo que, nesse ínterim, o desejo de se reunir ao objeto perdido pode aparecer concomitantemente à raiva por tê-lo perdido.

O luto por morte tem características próprias. Há, porém, outras formas de perda nas quais o objeto perdido permanece no mundo real. Nestas, chamadas de perdas ambíguas por Pauline Boss (2006), há ausência física e presença psicológica. É o caso dos divórcios, em que há perda, mas permanecem as ligações entre pais e filhos.

4. DA GUARDA COMPARTILHADA

Como dito na Introdução deste trabalho, a guarda compartilhada foi introduzida na legislação civil, por meio da lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que modificou o Código Civil.

Teoricamente, é a melhor modalidade de guarda, visto ser a que mais se aproxima da guarda conjunta dos pais que vivem juntos.

A questão é que no estado de separação ou divórcio, distinção que não cabe no âmbito desta exposição, os pais se desentendem, enquanto casal, e, frequentemente, expressam todo seu ressentimento e dor. Atingem os filhos, mesmo sem o querer, e precisam ser ajudados a encontrar um ponto de equilíbrio na relação parental, a qual em nada se identifica com a conjugal, então inexistente.

Pelo poder familiar, como visto, ambos os pais continuam a responsabilizar-se pela criação e educação dos filhos. No atributo da guarda, no entanto, ambos ou um deles ficará responsável pelos cuidados diuturnos dos filhos.

A proposta de nossa pesquisa foi qualitativa, em visão novo-paradigmática sobre a construção da realidade, buscando



inter-relacionar questões de direito, questões da família propriamente dita e questões entre pais e filhos para refletir sobre o que é melhor em casos de separação ou divórcio. Isso incluiu ouvir juízes de família e desembargadores sobre a mudança no Código Civil e sua importância para o futuro dos filhos de divorciados, bem como ouvir sugestões baseadas na experiência judicante.

Propusemos, em particular, a tentativa de implantação de um serviço especializado de apoio e orientação aos pais para que, não apenas entendam o que significa deter guarda compartilhada – o que a lei impõe – como ajudá-los, psicologicamente ou por meio de mediação familiar, a avaliar sua condição de exercê-la.

O que resultou foi a passagem de um ceticismo inicial a um mergulho no tema com dedicação e empenho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em referência representou um desafio. Em primeiro lugar, por se tratar de lei que representa um ideal no que diz respeito a relacionamento entre pais e filhos, em qualquer situação de vida; em segundo, por ser de difícil execução, dado o conflito que, frequentemente, envolve os casais em crise de separação.

A família vive em processo de transformação. Da família dita patriarcal à família que busca o desenvolvimento e a adaptação social de seus membros vai uma distância que, ao contrário, já não mais existe em relação às famílias casadas ou constituídas por união estável e as separadas no que diz respeito à proximidade e à possibilidade de convivência entre pais e filhos.

Contemporaneamente, o Direito de Família volta seu principal olhar para o melhor interesse das crianças e adolescentes, os filhos dessas famílias, qualquer que seja a formação delas, e para a convivência familiar. O melhor interesse do menor e o direito à convivência familiar são princípios constitucionais, e, portanto, basilares de nosso ordenamento jurídico.

Algumas ilações da pesquisa merecem especial atenção.

O melhor interesse das crianças e adolescentes é o bem a ser preservado e protegido. Em decorrência disso, deve-se entender que o “sempre que possível” determinado no parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil refere-se a sempre que atender ao melhor interesse dos filhos, e não, antes, ao que meramente seja possível para os pais.

Só deverá ser possível para os pais, em primeiro lugar, o que melhor atender ao interesse dos filhos. E melhor atenderá esse interesse quanto mais os pais puderem ter convivência pacífica, possibilidade de dialogar, capacidade de flexibilizar e



de conceder para, juntos, poderem cuidar das responsabilidades parentais.

Segundo a pesquisa, a lei deveria prever, expressamente, que, se for possível, seja fixada a guarda compartilhada, mas se não for, que seja determinada guarda unilateral. Isso, para evitar a ideia de preferência legal e, em decorrência, que a guarda unilateral fique na posição de modalidade menor, como vem acontecendo.

A separação ou o divórcio não afetam o poder familiar, a autoridade parental que atribui aos pais o dever e o direito de acompanhar a transformação e educação dos filhos, e que a guarda compartilhada procura dar equilíbrio, porque a responsabilidade é dos dois. Além disso, ainda se confunde, hoje, guarda compartilhada com guarda alternada, que são modalidades diferentes.

Um importante diferencial na pesquisa foi que embora os participantes tenham se preparado para discorrer sobre sua posição teórica e prática, à medida que se sentiram à vontade trouxeram seu lado humano, experiências pessoais e profissionais, deram seus próprios conceitos de família, separação e conflito, e tiveram empatia com o sofrimento alheio.

Ficou reforçada a importância dos pais no desenvolvimento psicoemocional dos filhos e a necessidade de eles se empenharem na construção de um melhor relacionamento parental após sua separação. Fica claro na concepção dos participantes que o instituto deveria significar para a criança que os pais não se separaram em relação a ela e continuam a exercer toda aquela proteção e amparo como se estivessem casados.

Ficou claro, também, que, para adoção de guarda compartilhada, os pais precisam ter razoável harmonia, bom senso e menos individualismo, em sua relação, bem como reunir um mínimo de maturidade e compromisso para educar os filhos, voltando sua atenção para o que for melhor para eles, visando a protegê-los da melhor maneira possível.

Foi reconhecido que tanto faz mal ao filho o abandono, como a presença prejudicial. Que, muitas vezes, um pai ou mãe problemático é que prejudica, e, por isso, talvez seja melhor mantê-lo/a a alguma distância da criança. Que, da mesma forma que se fala em indenização por abandono afetivo, se deveria falar, também, em indenização por presença prejudicial, tema esse a ser apreciado pela Psicologia.

Para criar os filhos após a separação, em qualquer modalidade de guarda, os pais precisam ter – ou adquirir – possibilidade de dialogar, ser flexíveis, ter espírito de cooperação e poder fazer as concessões necessárias. Esses são aspectos que precisam ser despertados e/ou desenvolvidos nas pessoas, especialmente quando se encontram em meio a um litígio.



De acordo com os participantes, os juízes não estão preparados para lidar com conflito, seja de ordem pessoal, seja de ordem interpessoal, em razão do substrato subjetivo que encerra. Que eles não conseguem resolvê-lo por sentença, e necessitam do auxílio de profissionais de outras áreas, particularmente os psicólogos por seu maior conhecimento da subjetividade humana. Divergências não se resolvem por promulgação de lei e requerem ajuda especializada, até porque o único conflito para cuja resolução os juízes de direito estão preparados é o conflito jurídico.

Teoricamente, nenhum dos participantes duvida que a guarda compartilhada seja a modalidade ideal na medida em que é a que mais se aproxima da guarda conjunta dos pais que vivem juntos. Por outro lado, também concordam que sua execução é muito difícil por requerer pré-requisitos que estão na intimidade das pessoas e fogem às possibilidades de intervenção de um juiz, por mais dedicado que esse seja.

Quanto aos filhos, seu problema não está em pertencer a uma família separada, ou não, mas em viver em uma família com ou sem conflitos. Assim, a pesquisa entendeu que se deve buscar a guarda compartilhada, mas que, para tanto, os conflitos devem ser eliminados ou diminuídos. Nisso, concordam com os resultados da pesquisa psicológica (SOUZA, 2000), que afirma que a diminuição do conflito entre os pais e o estabelecimento de uma relação satisfatória entre eles, após a separação, são positivos na adaptação dos filhos à nova fase de vida, enquanto que a perpetuação do conflito em relação à guarda, alimentos e visitas, dentre outros, são negativos à reestruturação individual e familiar.

Compartilhar a guarda é mais do que aumentar o tempo de convívio entre filhos e pais; é compartilhar, espontaneamente, responsabilidades e deveres no cotidiano dos filhos a partir do diálogo minimamente civilizado e polido, sem precisar lembrar que existe lei.

Os participantes denotaram conhecer outros métodos de auxílio à justiça, além da perícia, como mediação e ajuda psicológica especializada, denotaram fazer uso deles – o que não acontecia há pouco mais de uma década – e mostraram-se interessados em que o Poder Judiciário busque auxílio psicológico extrajudicial, uma vez que os quadros internos se encontram sobrecarregados.

Concordaram os participantes em que existe espaço na lei para a introdução desse auxílio, e que, quanto aos casos concretos, devem ser apreciados, um a um, para avaliação da procedência, ou não, de fixação de guarda compartilhada.

O discurso dos participantes denota estarem significativamente mais sensibilizados pelo discurso psicológico do que o estavam há alguns anos. Entendem que os pais precisam saber, claramente, o que significa compartilhar a



guarda e deveriam ser preparados para o exercício dela, bem como serem acompanhados na pós-separação ou divórcio.

Dependendo do perfil de personalidade do juiz e da abertura que encontre na lei e no Poder Judiciário, ele poderá adotar postura de sensibilização dos operadores do direito, e/ou criar grupos de estudo interdisciplinares e multiprofissionais, incluindo profissionais jurídicos e profissionais da Psicologia e do Serviço Social para, adaptados ao contexto em que se inserem, introduzir uma mentalidade cooperativa nos moldes do que tem sido feito em outros países.

Como pesquisadora, propomos a realização de experiência com o que chamamos de Medidas de Apoio Familiar, visando a encontrar uma melhor estruturação para as alternativas de ajuda na avaliação da possibilidade e preparo parental para o exercício da guarda compartilhada, o que, indiretamente, poderá ser útil ao exercício da guarda unilateral, se for o caso.

Propomos, também, que os advogados se sensibilizem e busquem conhecimentos psicológicos para orientar seus clientes na direção do melhor interesse dos filhos, considerando-se serem eles os primeiros profissionais procurados e a conhecer o problema.

Propomos, ainda, que os juízes de família continuem se aprofundando na matéria, do ponto de vista psicológico, tendo apontado a pesquisa quanto avanço houve nesse aspecto, na última década. É que usem dos recursos disponíveis e de sua criatividade no que seja possível ao exercício da função, e, ainda, façam sugestões ao Poder Judiciário para aperfeiçoamento na atenção a esses casos.

Sugerimos que possibilidades de ajuda psicoterapêutica encontradas em algumas leis, como Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e Lei de Alienação Parental (2010), sejam estendidas ao Direito de Família, para maior benefício das famílias em estado de separação, mesmo que requeiram alterações legislativas, bem como que seja utilizada a faculdade prevista no § 3º do art. 1.584 do Código Civil.

A nosso ver, como resultados desta pesquisa:

- Os pais e profissionais teriam que receber mais informações sobre a importância dos primeiros no desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.
- Os operadores do direito teriam que estar mais interados dos recursos sistêmicos colocados a sua disposição para que os pais exerçam, adequadamente, a guarda, qualquer que seja a modalidade, inclusive a compartilhada.
- Os profissionais da Psicologia poderiam conscientizar-se de suas possibilidades de ajuda aos casais separados ou em processo de separação para que esses últimos consigam manter uma convivência equilibrada e melhor exerçam a guarda que lhes é atribuída.



- Os pais poderiam procurar recursos profissionais que os ajudem a enfrentar as dificuldades, superar os conflitos e instrumentalizar-se para o melhor exercício da guarda dos filhos.
- No Direito de Família, seria desejável redobram-se os esforços para propiciar assimilação e internalização da mentalidade psicojurídica.

A questão da exequibilidade da guarda compartilhada é complexa e problemática. A pesquisa revelou a importância da visão psicojurídica para seu estudo e compreensão, bem como o fato de que essa é uma inquietação não apenas nossa, mas que acomete outros países que instituíram essa modalidade de guarda e se preocupam com seus menores. Há muito que se fazer e por fazer. É possível iniciar-se algo. Sugerimos, ainda, nessa direção, que sejam realizadas pesquisas aprofundadas sobre o que se tem feito em outros países. Em suma, este é um diálogo que merece ser continuado.

REFERÊNCIAS

- AINSWORTH, M. D. S.; BLEHAR, M. C.; WATERS, E., e WALL, S.. **Patterns of attachment: a psychological study of the strange situation.** Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1978.
- ARIÈS, P. **História social da criança e da família.** Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.
- BERTALANFFY, L.V. **Teoria geral dos sistemas.** 3. ed. Petrópolis: Editora Voss, 1977.
- BOSS, P. **Loss, trauma, and resilience: therapeutic work with ambiguous loss.** New York City: W.W. Norton, 2006.
- BOWLBY, J. **Apego.** v 1. Trilogia Apego e Perda. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p.386.
- _____. **Perda: tristeza e depressão.** v.3. Trilogia Apego e Perda. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BRASIL . **Código Civil Brasileiro, de 1916.** Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
- _____. **Código Civil Brasileiro, de 2002.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- _____. **Constituição Federal** – promulgada em 05 de outubro de 1988.
- _____. **Emenda Constitucional nº 66,** de 13 de julho de 2010.



_____. **Lei de Alienação Parental.** Lei nº 12.318, de 31 de agosto de 2010.

_____. **Lei que instituiu a guarda compartilhada.** Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

CECCARELLI, P.R. **As repercussões das novas organizações familiares nas relações de gênero.** Cronos. Natal-RN, v.7, n.2, jul./dez. 2006. p. 321-326.

CEZAR-FERREIRA, V.A.M. **Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica do relacionamento parental pós-separação ou divórcio.** 2013. 240f. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC/SP. São Paulo, 2013.

_____. **Família, separação e mediação – uma visão psicojurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora GEN/Método. 2012. 252p.

_____. **Família, separação e mediação – uma visão psicojurídica.** 2. ed. São Paulo: Método. 2007. 270p.

_____. **Família, separação e mediação – uma visão psicojurídica.** 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2004b. 221 p.

_____. **Sobre a função do pai aos olhos da lei.** In: POLITY, E; SETTON, M. Z; E COLOMBO, S. F. (orgs.). Vetor Editora Pedagógica. São Paulo. 2004a.

CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família.** v.5. 27ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 601.

GRZYBOWSKI, L. S.; WAGNER, A. **O envolvimento parental após a separação/divórcio.** Psicol. Reflex. Crit., Porto Alegre, v.23, n.2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722010000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr 2011.

JULIEN, P. **Abandonarás teu pai e tua mãe.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000.

MARKY, T. **Curso elementar de Direito Romano.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 1992.



MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família, v. 2, 36ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p.289.

NORGREN, M. P. B., SOUZA, R. M., KASLOW, F., HAMMERSCHMIDT, H. e SHARLIN, S. A. **Satisfação conjugal em casamentos de longa duração: uma construção possível**. Natal: Estudos de Psicologia 2004, v.9, n.3, p.575-584. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n3/a20v09n3.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

PENTEADO, P. A. **Construção Social da Maternidade**. Revista Brasileira de Terapia familiar, v.4, n.1, jul. 2012. p.21-32.

PINHO, L. **A mulher no Direito Romano: noções históricas acerca de seu papel na constituição da entidade familiar**. Revista Jurídica Cesumar. v.2, n.1, 2002. p.7. Disponível em: <<http://cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/428/347>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. v. 9. Campinas: Bookseller, 2000.

SEMENSATO, M.R. **Relações entre os scripts de apego individuais e compartilhados em casais com um filho com autismo**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/32001/000763440.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 4 ago. 2012.

SILVA, T.M.G. **Família e Historiografia**. Politeia. Vitória da Conquista - Hist. e Soc. V. 2 n.1. 2002, p. 37-46.

SOUZA, R. M. **Depois que papai e mamãe se separaram: um relato dos filhos**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, nº 16, v.3, 2000. p.203-211.