

# GUARDA CONJUNTA: CONCEITOS, PRECONCEITOS E PRÁTICA NO CONSENSO E NO LITÍGIO

Leila Maria Torraca de Brito

## Introdução

Apesar dos freqüentes desentendimentos entre os genitores a respeito da guarda, presenciados constantemente, a simples alusão à guarda conjunta ou qualquer comentário sobre o tema causa, muitas vezes, indignação em diversos profissionais. Estes comumente justificam sua contrariedade a partir de argumentos e explicações que atribuem às Ciências Humanas. Por esta razão, me proponho a examinar o tema privilegiando o referencial teórico utilizado pela Psicologia, especialmente estudos desenvolvidos pela Psicologia Jurídica, área em que atuo como docente e pesquisadora. Para fins deste trabalho, parto do material coletado em investigação realizada com operadores do Direito, no decorrer da qual vários entrevistados manifestaram sua contrariedade em relação à guarda conjunta. Considero como de fundamental importância o delineamento desses dados, porta de acesso ao entendimento das rejeições seguidamente expressas na referência a essa modalidade de guarda. Inicialmente cabe ressaltar que a guarda conjunta aqui tratada não significa uma divisão estrita das horas que a criança passa com cada genitor - dispositivo denominado como guarda alternada. No modelo de guarda conjunta, apesar de a criança residir com um dos pais, deve-se garantir uma convivência ampliada com ambos os genitores, responsáveis pela educação das crianças. Se durante a vigência da união conjugal os filhos representam cuidados e responsabilidades que devem ser compartilhados, após a separação o que se reconfigura é o estado referente à conjugalidade e não à parentalidade.

Seguindo este entendimento, destaca-se que, nas décadas de 1970 e 1980, foram empreendidas alterações na legislação de diversos países, que privilegiaram a atribuição de guarda a partir do critério de competências. Ou seja, de acordo com a aferição do genitor que apresentasse melhores condições para deter a guarda - conforme dispõe o nosso Código Civil -, classificação que mais tarde foi percebida como fonte de contínuas discórdias e desqualificações (Brito, 2002). Inicialmente, acreditava-se que, se um casal não estivesse mais convivendo na mesma residência, a criança só poderia dispor de um guardião, investido de plenos poderes quanto aos cuidados infantis. Finda a relação conjugal, pai e mãe permaneciam com o pátrio-poder - hoje poder familiar. No entanto, a mãe era, comumente, elevada ao lugar de titular de tais cuidados, quando o pai via suas possibilidades de participação reduzidas, mitigadas, sendo relegado à categoria de visitante e provedor.

No âmbito da guarda conjunta - disposição que passa a vigorar em muitos países a partir da década de 1990, em decorrência da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989) -, a legislação estabelece que a separação do casal não pode estender-se à ruptura dos vínculos entre a criança e seus pais. Entende-se que o dispositivo da guarda conjunta traduz uma validação social para o exercício da condição de pai, pois o efeito simbólico da lei não pode ser desprezado, na medida em que se percebe que esta pode reafirmar, avaliar ou fragilizar determinados comportamentos. Como sinaliza Thery (2002), quando o Estado reconhece a importância da guarda conjunta, reafirma-se "um princípio de perenidade da dupla filiação." (p. 217) Seguindo esta definição, Anália Torres (1999), ao se referir ao valor da guarda conjunta, expõe que esta "Responsabiliza mais fortemente o progenitor que não vive quotidianamente com a criança, obriga o outro a partilhar as decisões e, finalmente, serve de regulador sempre que surjam situações de desentendimento." (p. 79)

Mapeando contrariedades em relação à guarda conjunta

Em pesquisa desenvolvida junto ao Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro<sup>2</sup> foram realizadas entrevistas com 50 operadores do Direito - juízes, advogados da área de família e representantes do Ministério Público - de diversos municípios do Estado do Rio de Janeiro, procurando responder como o Direito de Família Brasileiro prevê e determina o exercício do dever parental de pais separados. Ao longo desta pesquisa, observamos o

desagrado de alguns profissionais quanto à modalidade da guarda conjunta, expresso por constantes desaprovações.

Procuramos, portanto, circunscrever as justificativas, os conceitos e as crenças que fundamentavam estas críticas, buscando compreender os fundamentos e as origens dos motivos alegados, visando a uma análise dos mesmos à luz dos estudos recentes das ciências humanas.

Entre os que se posicionaram como contrários à guarda conjunta constatamos que alguns defendiam a preferência pela guarda materna, justificada, basicamente, por meio de dois conceitos. O primeiro se refere à tradição cultural, e o segundo acha-se sedimentado na idéia de instinto materno, fator que seria responsável pelo fato de "a mulher ser talhada para o sacrifício", "ter capacidade de renúncia mais acentuada do que o homem", "ser mais disponível para os filhos" e "compreender melhor as crianças".

Como exemplos, temos algumas respostas que traduzem este entendimento:

"Só se houver motivos graves a guarda fica com o pai."

"Só em casos graves se retira a criança da mãe."

"Se há empate, a guarda fica com a mãe."

Sendo assim, foram comuns os argumentos de que "um pai amoroso abdica em favor da mulher", "os homens precisam ser mais responsáveis com os filhos" ou ainda de que "os pais não se preocupam com os filhos", motivo pelo qual muitos advogados desaconselhavam os homens a solicitar a guarda.

Em relação às crianças, a noção de seu superior interesse, para alguns, significava que os direitos do(a) menino(a) ou o respeito a ele(a) seriam expressos quando fosse privilegiada a "vontade da criança", situação expressa no exemplo abaixo.

"A gente vê o que a criança quer".

Dessa forma, foram listadas diferentes idades a partir das quais a criança poderia escolher o genitor com quem desejasse residir.

Alguns entrevistados insistiram ainda na argumentação de que para uma boa educação infantil é preciso "um comando único".

"Quem fica com a guarda é quem sabe as necessidades do cotidiano dos filhos."

"O genitor que possui a guarda em relação aos direitos e deveres de seus filhos lida como o único guardião, sendo ao mesmo tempo pai e mãe dessa criança, ficando o outro genitor com uma função de fiscal das atividades do guardião, exercendo eventuais reclamações dos filhos."

Na linha de defesa de um comando único foi recorrente a justificativa de que a criança precisa de "estabilidade" ou de "um ponto de referência" para seu adequado desenvolvimento, estrutura que a guarda conjunta não traria.

Dessa maneira, a guarda conjunta foi constantemente classificada pelos entrevistados como "fonte de desavenças", sendo considerada como de difícil aplicação.

"A guarda compartilhada não é um pedido que se faz aqui nesta Vara."

"Se a lei estabelecesse a igualdade dos pais participarem na educação dos filhos seria, em verdade, mais um fator social motivador da desagregação familiar, fonte de contínua discórdia...."

Outro item destacado foi o fato de a guarda conjunta não ser indicada quando existe litígio entre os pais, pressupondo-se que sua aplicação só é possível quando os genitores da criança possuem um ótimo relacionamento.

"Quando há o perfeito entrosamento e muita civilidade é possível a guarda conjunta."

Por último, pode-se relacionar o argumento de que, por ser uma modalidade nova de guarda, seus resultados ainda não são conhecidos.

### O trânsito entre dois portos seguros

A partir do levantamento desses dados foi possível observar que diversas justificativas aventadas a respeito do comportamento feminino e masculino podem ser compreendidas quando voltamos o olhar para as mudanças que envolvem a família contemporânea, especialmente no que diz respeito aos ideais de conjugalidade e aos papéis atribuídos ao homem e a mulher.

Nosso Código Civil de 1916 definia o casamento como indissolúvel, cabendo ao homem o lugar de chefe da família, indicando-se que as mulheres deveriam ser responsáveis pelo cuidado com a prole. Como ressalta Thery (1999), esta era a época do "casamento-fusão", quando os cônjuges, unidos em um só corpo e uma só carne, seriam representados por uma só voz. Expõe

ainda a autora que a idéia de casamento indissolúvel está ligada à concepção da inexistência de enfrentamento, já que não seria possível um rompimento.

Assim, não se pode desprezar o fato de que, na sociedade ocidental, os estudos iniciais sobre a relação materno-infantil indicavam que as mulheres seriam portadoras do instinto materno, determinismo biológico que fixava lugares e atribuições e forjava estereótipos. Definia-se, ainda, que só a expressão do amor materno saberia dosar os cuidados e carinhos necessários ao adequado desenvolvimento infantil. Quanto aos homens, eram preparados para zelar pela honra da família, ao mesmo tempo em que eram afastados das tarefas domésticas. Como demonstram os estudos sobre gênero, as desigualdades em relação aos direitos e deveres entre homens e mulheres eram naturalizadas e legitimadas culturalmente. Dessa forma, a fiscalização, prevista inicialmente na legislação como prerrogativa do pai visitante, retratava o mesmo como figura de autoridade, afastado do contexto diário com os filhos e a quem caberia avaliar o desempenho da ex-mulher na promoção do desenvolvimento infantil.

Hoje, percebe-se que o significado do nascimento engloba, além do nascimento de um filho, o nascimento dos genitores nos lugares estruturais de pai e mãe, papéis que aprendemos a desempenhar. Tal condição pode ser enfraquecida, porém, quando a educação da criança passa a ser encaminhada, prioritariamente, pelo genitor responsável pela guarda. Atribuir ao genitor classificado como visitante o lugar prioritário de fiscal contraria as indicações atuais, tanto dos documentos internacionais quanto dos ensinamentos das Ciências Humanas, que recomendam uma ampla aproximação e participação de ambos os pais no desenvolvimento dos filhos, sendo que o lugar e as funções dos genitores devem ser referendados pelos textos jurídicos.

Com as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea foi percorrido um longo caminho visando ao estabelecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres - um novo status foi conquistado pelas mulheres, que já não querem ser identificadas apenas como cuidadoras de crianças, o que exigiu também um novo tipo de contrato conjugal. Assim, cada vez mais, o casal contemporâneo é levado a compartilhar as tarefas domésticas e a educação dos filhos. Como sugere Thery (1999), passamos do casamento-fusão ao casamento-conversa, quando marido e mulher são vistos como sujeitos distintos, protagonistas dos mesmos direitos em relação à família, havendo necessidade de novos conceitos que facilitem o desempenho de papéis e atribuições no ambiente doméstico.

Apesar disso, observa-se que, com o advento da nossa Constituição Federal de 1988, surgiram interessantes debates a respeito da isonomia entre os cônjuges, assegurada no parágrafo 5º do artigo 226. A necessidade de uma direção única da família era vista por alguns autores como uma tradição que deveria ser mantida sob a pena de destruição do núcleo familiar, em decorrência de possíveis confrontos que poderiam existir. No entanto, muitos outros estudiosos posicionaram-se a favor da isonomia, acreditando na importância de a legislação reconhecer a divisão de responsabilidades e a igualdade de direitos - identificada como um clamor da sociedade contemporânea. Conforme expõe o Desembargador Sérgio Gischkow (1993) no debate sobre a matéria

"A tradição justificaria a permanência da escravatura, que as mulheres continuassem a não votar, que as torturas e penas infames prosseguissem, e assim por diante, em milhares de exemplos." (p.119)

De forma semelhante, localiza-se na ideologia vigente à época do casamento-fusão a argumentação favorável a um comando único na guarda de filhos - comando também visto como indispensável à harmonia conjugal. Em contrapartida, o princípio da isonomia remonta a um outro ideal de conjugalidade, sedimentado entre sujeitos autônomos, iguais em seus direitos, justamente porque são diferentes. Se, ao longo da união conjugal, uma das dificuldades consiste em como conciliar o vínculo conjugal respeitando as individualidades, após a separação a dificuldade passa a ser a de conciliar o vínculo parental respeitando as individualidades do pai e da mãe. Se antes pregava-se a obediência estrita ao chefe da família, hoje presenciamos relações mais democráticas, negociadas na relação entre pais e filhos quando, mesmo durante o casamento, estão presentes as opiniões diferentes e os entendimentos contrários, já que duas pessoas, para viverem juntas, não precisam pensar e agir da mesma maneira.

Na referência às diferenças, que certamente existirão entre os códigos educativos de genitores separados, Thery (1996) acredita que isto não constitui um problema para a criança, reconhecendo que a constatação da diversidade faz parte da socialização infantil. Cabe

recordar aqui que é comum observarmos jovens estimulados por suas famílias a realizar intercâmbios culturais, para que possam, justamente, conviver com distintos hábitos, acreditando-se ser esta uma experiência proveitosa em sua educação.

Entende-se também que, após a separação conjugal, a criança deve se sentir em casa tanto na residência de seu pai, quanto na de sua mãe, identificando cada um desses espaços como um porto seguro onde sente firmeza para ancorar suas alegrias, tristezas e dificuldades. Se os genitores não querem ser qualificados ou rotulados como visitantes, a criança também não deve se identificar como visita na casa de um dos pais, onde possui um colchonete para um eventual pernoite ou, ainda, aonde vai com dia e hora estabelecidos previamente. Não se pode desprezar que o vínculo principal a ser mantido é com o pai e com a mãe, e não com o domicílio ou imóvel. Como afirma Malcom Montgomery (1998)

"Imaginar que disciplina é ter uma casa com horários e rotinas em que a criança repete mecanicamente os mesmos atos e que só isso gera segurança e autonomia não passa de ingênua fantasia." (p.124)

Para alguns entrevistados, transitar entre a casa da mãe e a do pai, ambientes físicos distintos, exigiria uma capacidade de adaptação que só seria possível em crianças mais velhas. No entanto, cabe recordar que, atualmente, torna-se comum observarmos bebês com poucos meses de idade já levados para as creches - onde passam grande parte do dia -, com suas roupas e objetos de uso diário acondicionados em mochilas. Podemos observar, assim, que já freqüentam espaços físicos distintos e locais onde possuem pertences específicos. Neste sentido, pode-se questionar: o que oferece a creche que a casa do pai não pode oferecer? Profissionais especializados, contratados, substituídos eventualmente por outros aos quais a criança deve se adaptar? Também durante a estada na creche, ou a criança precisará de roupas e pertences em dobro, ou terá de levá-los na mochila, cada vez mais pesada e, agora, parecendo já fazer parte da indumentária infanto-juvenil.

Em relação ao comportamento expresso pelos homens que optam por não abdicar dos filhos em favor das mulheres, como já ressaltou Hurstel (1996), a reivindicação desses genitores para um maior contato com seus pequenos pode ser vista como saudável, mesmo que inicialmente produza alguns desentendimentos. É preciso atenção para verificar se alguns conflitos não dizem respeito à rejeição da idéia de que, após a separação matrimonial, as crianças devem ser cuidadas preferencialmente pelas mães. Esta recusa pode ser interpretada como fundamental na função paterna. Contrariamente, uma lei que facilite a redução da palavra do pai, mantendo-o no lugar de visitante, contribui para esmaecer o exercício de sua função, reafirmando o conceito de que só a mãe é importante para o desenvolvimento e educação da criança.

Neste sentido, muitos autores apontam que as atitudes masculinas de afastamento revelam menos uma escolha deliberada do que um sentimento de não reconhecimento, de ser destituído de seu papel. Em conseqüência, pode-se pensar que a desconfiança de alguns entrevistados quanto ao fato de serem ainda desconhecidos os resultados da guarda conjunta pode ser contraposta aos efeitos observados na guarda monoparental, quando se reafirma o fosso que, muitas vezes, passa a existir entre pais e filhos, que devem se adaptar a eventuais e supérfluos contatos. Cabe ressaltar, entretanto, que condições jurídicas favoráveis não garantem o exercício da paternidade, sendo necessário o apoio no tripé legal, social e familiar.

No que diz respeito às crianças, indica-se que a sociedade deve estar atenta para que a dimensão da paternidade não seja menosprezada no desenvolvimento humano. A definição da criança como sujeito de direitos não garante a observância e a efetivação destes, assim como não é suficiente para esclarecer as atribuições parentais, já que os menores de idade necessitam de pai e mãe para o seu completo desenvolvimento. They (1996) interpreta ainda como sendo um direito da criança o de não ter responsabilidade jurídica, caso contrário será relegada ao status de um mini-adulto, situação que pode ocorrer quando se desloca para esta a escolha de com qual dos genitores deseja residir.

Propor à criança que expresse com quem deseja ficar após a separação de seus pais pode trazer graves conflitos de culpa por ter rejeitado um dos adultos. Ao mesmo tempo, Wallerstein et Kelly (1998) constataram que algumas crianças acabam optando por permanecer com o genitor que consideram mais fragilizado após a separação, o que pode ser prejudicial ao seu desenvolvimento.

## Conclusão

Por intermédio dos argumentos levantados pelos profissionais entrevistados, localiza-se no ideal do casamento-fusão, e nos conceitos que legitimavam as relações familiares e papéis parentais de outrora, as justificativas arroladas nas explicações contrárias à guarda conjunta. Podemos listar assim, a defesa do instinto materno, aliada à visão sobre a inabilidade dos homens para o cuidado com as crianças; a referência à tradição cultural, ou ainda a afirmação da importância de um comando único como requisito para um adequado desenvolvimento infantil, conjugada à noção de que duas vozes distintas seria uma fonte de desavenças. Compreende-se, entretanto, que a guarda conjunta não pode ser reduzida em sua explicação a arranjos concretos referentes às atividades do cotidiano infantil. Seu sentido ultrapassa, em muito, a distribuição de tarefas, na medida em que garante o duplo vínculo de filiação apesar da inexistência de um casal. Esta modalidade de guarda funciona como um sólido suporte, uma ancoragem social, como nomeia Hurstel (1989), para o exercício da paternidade. Portanto, sua prática deve ser estimulada tanto no litígio quanto no consenso; até porque, muitos litígios acontecem devido à contrariedade dos pais em serem colocados como visitantes.

A alegação de que no nosso país o poder familiar pertence tanto ao pai quanto à mãe, responsáveis por seus rebentos, termina por confirmar a hipótese de que não precisamos, portanto, dividi-los em duas categorias após a separação conjugal: a dos guardiães e as dos visitantes. A exemplo do que foi decidido em outros países, podemos abolir o termo guarda, mantendo-se apenas a expressão poder familiar. Caso a manutenção do vocábulo guarda seja necessária, este deve estar acompanhado do adjetivo conjunta, facilitando a interpretação da equidade entre pai e mãe, assim como a indicação de um amplo contato da criança com ambos os genitores.

Não há porque pensar que a guarda conjunta só pode ocorrer em ocasiões especiais, ou quando os pais concordam em relação a toda a educação da criança, quem sabe quando ainda representam uma só voz. Entende-se que o especial, o diferente, é pensarmos em um dos pais tendo o acesso ao filho regulamentado, ou seja, com dia e hora marcados por decisão judicial.

Sabe-se que não cabe apenas ao Direito de Família transformar, com sentenças mágicas, pais litigantes em cooperativos, acreditando-se na necessidade de mudanças em diversas vertentes da sociedade, inclusive na legislação, para reafirmar o princípio da co-parentalidade. Ao mesmo tempo, compreende-se que também não faz sentido exigir que pais e mães, sozinhos, tratem esta como uma questão pessoal.

Conclui-se que a exigência de um bom relacionamento entre os pais para aplicação da guarda conjunta, ou, ainda, a idéia da necessidade de um comando único, remonta a um ideal de conjugalidade que não faz mais parte do nosso contexto. Agora, a isonomia reconhecida entre o pai e a mãe aponta para a igualdade de direitos, mas reconhece, ou permite, que a diferença entre dois sujeitos distintos, singulares, seja evocada.

Admitindo que poetas e pensadores expressam sentimentos e idéias de forma ímpar, finalizo esta exposição sugerindo a leitura do pensamento transcrito a seguir.

Pense....

"A gente pode morar numa casa mais ou menos,

Numa rua mais ou menos,

Numa cidade mais ou menos,

E até ter um governo mais ou menos.

A gente pode dormir numa cama mais ou menos,

Comer um feijão mais ou menos,

Ter um transporte mais ou menos,

E até ser obrigado a acreditar mais ou menos no futuro.

A gente pode olhar em volta e sentir que tudo está mais ou menos.

Tudo bem!

O que a gente não pode mesmo, nunca, de jeito nenhum,

É amar mais ou menos,

É sonhar mais ou menos,

É ser amigo mais ou menos,  
É namorar mais ou menos,  
É ser pai ou mãe mais ou menos,  
É ter fé mais ou menos,  
E acreditar mais ou menos.  
Senão a gente corre o risco de se tornar uma  
pessoa mais ou menos.  
(autor desconhecido)

### **Referências Bibliográficas**

- BRITO, Leila M. Impasses na condição da guarda e da visitação - o palco da discórdia. In: Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. BH: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.433-448.
- GISCHKOW PEREIRA, Sérgio. Algumas Reflexões sobre a Igualdade dos Cônjuges. In: TEIXEIRA, S.F. Direitos de Família e do Menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.117-132.
- HURSTEL, Françoise. La Fonction Paternelle, questions de théorie ou: des lois à la Lo. In: ANSALDI, J. et alii. Le Père. Paris: Ed. Denoël, 1989, p.235-262.
- HURSTEL, Françoise. Paradoxes et fragilité de la paternité. Revue des Sciences Sociales de la France de l'Est. Paris, n.23, p120-126,1996.
- MONTGOMERY, Malcom. O novo pai. São Paulo: Ed. Gente, 1998.
- THÉRY, Irene. Différence des sexes et différence des générations. In: Malaise dans la filiation. Esprit, Paris, p. 65-90, dez-1996.
- THÉRY, Irene. L'énigme de l'égalité. Mariage et différence des sexes dans À la recherche du bonheur. Esprit, Paris, p.128-147, mai-1999.
- THÉRY, Irene. Penser la filiation. In: DORTIER, J.F. Familles - Permanence et métamorphoses. France: Sciences Humaines, 2002, p.211-220.
- TORRES, Anália. Aumento do divórcio, mudanças na família e transformações sociais. Actas dos V Cursos Internacionais de Verão de Cascais. Cascais: Câmara Municipal de Cascais, 1999, vol.4,p.71-94.
- WALLERSTEIN, Judith et KELLY, Joan. Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio. Porto Alegre: Artmed, 1998.