

COMPARTILHANDO A GUARDA NO CONSENSO E NO LITÍGIO

Maria Antonieta Pisano Motta

Psicóloga e Psicanalista

Especialista em Psicologia Clínica e Jurídica

INTRODUÇÃO

A ruptura conjugal, acontecimento cada vez mais freqüente em nossos tempos, tem nos incitado a busca de garantias para a proteção aos direitos básicos de crianças e adolescentes.. A convivência com pai e mãe é o fundante de uma personalidade saudável. Tal objetivo deve ser visado por todos aqueles que militam em busca da defesa do melhor interesse dos chamados filhos do divórcio.

O compartilhamento da guarda dos filhos tem ampla aplicabilidade e incluí-lo como alternativa legal trará benefícios para os maiores interessados e os mais fortemente atingidos quando da separação de um casal: os filhos.

As diversificadas composições familiares características de nosso mundo pós-moderno, a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho e a dos homens na educação e criação dos filhos, mudaram o cenário. Já não se pode mais considerar os arranjos de guarda ou de visitaçãõ pautados em modelos familiares quase inexistentes e em rotinas familiares tradicionalmente conhecidas e inegavelmente ultrapassadas: a mãe no cuidado do lar e dos filhos e o pai como provedor afastado da convivência e da familiaridade na educação e cuidados diretamente dispensados às crianças.

Diante das realidades atuais, as sentenças tradicionais atribuindo a guarda à mãe e visitas quinzenais ao pai não mais se adequam ao funcionamento familiar que antecedia a própria separação e, portanto, não atendem e talvez nunca tenham atendido aos interesses das crianças. Não se mostrará benéfico qualquer arranjo que venha a atribuir a qualquer dos pais um papel secundário ou acessório, quer na convivência, quer na participação da educação e das decisões importantes referentes aos filhos, bem como nas responsabilidades referentes a eles.

Incluir, pois, a guarda compartilhada como possibilidade prevista em Lei é imprescindível, pois se encontra ainda sujeita a entendimento subjetivo de cada magistrado. Isto nem sempre significa que a decisão estará fundamentada em informações completas e livres de conceitos apriorísticos embasados em doutrinas ultrapassadas, nascidas em idos tempos já muito distantes. Prova disto é a frequência com que temos visto a recusa dos juízes em homologar guardas compartilhadas consensualmente estabelecidas entre as partes.

Uma lei que inclua esta forma de guarda é urgente e necessária para permitir aos magistrados desfazer antigas crenças e fortes injustiças que ocorrem em detrimento da saúde física e mental das crianças e adolescentes envolvidos.

Atualmente, se nos apresentam duas alternativas para tal tipo de guarda: o compartilhamento consensual ou aquele decorrente de ação litigiosa.

A experiência tem demonstrado a boa aplicabilidade da guarda compartilhada tanto em situações de consenso, mas quanto em situações de litígio onde outras tentativas de composição não alcançaram os efeitos desejados e necessários.

DA GUARDA UNIPARENTAL

A continuidade do convívio da criança com ambos os genitores após a separação é indispensável para que o seu desenvolvimento emocional se dê de forma saudável. A tarefa de assegurar a cada uma delas a oportunidade de desenvolver-se como membro da família modificada, e garantir-lhe um lugar de acolhimento e proteção, torna-se de complicada execução se a guarda for objeto de disputa entre os pais e sujeita a interesses conflitantes e competitivos desses adultos.

A experiência tem nos mostrado que a guarda única ou uniparental tem, com frequência, incitado as partes à disputa pelos filhos. Por sua vez, em exame mais acurado é fácil perceber que a disputa de guarda entre os pais oculta, em verdade, problemas outros sejam da ordem dos alimentos, da disputa pelo poder, da vingança entre as partes por conflitos referentes à conjugalidade desfeita. Enfim, a disputa de guarda muitas vezes oculta questões que nada têm a ver com o melhor para os filhos.

POR QUE COMPARTILHAR NO CONSENSO E NO LITÍGIO

Observamos ser comum se acreditar não apresentar o compartilhamento consensual maiores dificuldades, vez que ele deverá ser fruto do entendimento entre as partes. Se é certo que o compartilhamento da guarda assim alcançado tem início em situação supostamente mais tranqüila e

livre de conflitos, nem sempre é verdadeiro que seu desenvolvimento garanta às partes menores dificuldades.

Nem sempre o acordado é fruto de um entendimento, pois pode ter nascido de um interesse momentâneo que, uma vez alcançado, tem como conseqüências ações modificadoras do acordo de compartilhamento. Portanto, a idéia de ser o consenso parental sobre a guarda de filhos suficiente para evitar o estabelecimento de conflitos nem sempre corresponde à realidade.

Por outro lado, sua adequação na resolução de certas situações de litígio já não pode mais ser contestada. Ademais, contrariamente ao que se costuma afirmar, para o estabelecimento do compartilhamento **não** necessitamos de nem de pais colaboradores e nem de que sejam capazes de diálogo e entendimento.

Basta que as partes não se desqualifiquem mutuamente na presença dos filhos, sem o que, eles serão lançados em conflitos de lealdade dos quais não serão capazes de saírem ilesos.

O filho deve sentir poder amar, vincular-se e desejar conviver com ambos os genitores sem com isto sentir-se traindo ou ferindo pai ou mãe. Os filhos precisam ser poupados do papel de interlocutores para as emoções relativas à conjugalidade desfeita e que encontra nas queixas e desqualificações forma de desabafo e tentativa de trazer o filho como coadjuvante em atitudes vingativas e retaliadoras.

Dir-se-á então, que se esta condição deve ser respeitada, se deve ser condição para o compartilhamento, então, em muitos casos essa modalidade não terá cabida uma vez que atitudes desqualificadoras e agressivas entre as partes, pertencem à rotina diária.

Lembramos, porém ser este tipo de comportamento parental destrutivo e impeditivo do bom andamento de qualquer modalidade de guarda, seja compartilhada, única, alternada.

A guarda única ou uniparental não impede atitudes mutuamente desqualificantes entre as partes as quais são eliciadoras de conflitos internos nos filhos. **Muito ao contrário, a garantia de convivência com aquele que vem sendo atingido, por vezes, é a única forma de preservar o relacionamento sadio da criança com o genitor objeto dos ataques do outro.** Por meio da convivência freqüente e aprofundada é que o genitor denegrido terá como fazer frente aos ataques proporcionando ao filho experiência emocionais corretivas para modificar e restabelecer a realidade dos fatos e a positividade de sua imagem. Somente pela experiência com o real o filho poderá fazer sua avaliação do genitor acusado e desmerecido pelo outro. A guarda única muitas vezes facilita o impedimento da convivência próxima e freqüente com o genitor não guardião e a realização de "teste de realidade" tão importante na estruturação da vida psíquica do filho.

Não é o litígio judicialmente estabelecido que impede a guarda compartilhada ou a inviabiliza, é sim, o empenho em litigar em toda e qualquer circunstância desqualificando-se e colocando a criança como receptáculo e ponte das diferenças entre os pais. É a disposição litigante que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e entendimento e que deve ser impedida, pois diante dela nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.

Afirmar não se aplicar a guarda compartilhada quando o casal briga e se ataca mutuamente, artificializa e localiza um problema na modalidade de guarda quando na verdade está na disposição para o litígio e na incapacidade

de empatia com os filhos que se tornarão vítimas de atitudes que muitas vezes beiram a insanidade.

Se um dos pais é amargo ou hostil, os filhos serão afetados ainda que só visitem o referido genitor. É importante compreender o que engendra essa amargura, pois muitas vezes ela está atrelada ao distanciamento dos filhos, ao sentimento de ser figura acessória, ao sentimento de ser explorado e de não ser amado pela prole. Em outras circunstâncias o genitor, seja o guardião como o que visita, pode ser portador de problemas emocionais que não serão resolvidos pela modalidade de guarda a ser aplicado. Algumas vezes, portanto, é necessário tomar medidas protetivas em relação às crianças chegando-se à restrição da própria visitação até que o genitor atingido pelos problemas possa encontrar certo nível de restabelecimento de forma tal a não mais atingir os filhos negativamente, mercê de seu comportamento.

O compartilhamento também pode ser solução para os litígios nos quais as crianças são utilizadas como armas de guerra, na interferência contínua de um dos genitores na possibilidade de relacionamento com o não guardião. Referimos-nos aos casos de visitas dificultadas ou impedidas, em que os contatos telefônicos são proibidos e dificultados, além de ser o genitor não guardião excluído de comemorações e eventos e de informações da vida social, escolar e de informações sobre a saúde do filho. A guarda compartilhada viria de encontro a este genitor instrumentalizando-o com o poder que a lei confere, tendo igual poder de decisão sobre seus filhos e, portanto, estando menos sujeito às manipulações do outro.

A guarda única muitas vezes facilita a iniciativa de um dos genitores de afastar os filhos de seu ex-cônjuge, pois os procedimentos que inibem estes comportamentos ou são muito demorados ou terminam por mostrarem-se ineficazes.

A guarda compartilhada instrumentaliza a ambos os pais de igual forma tornando-os equilibrados quanto às prerrogativas legais que advém do poder familiar.

Com o argumento de requerer a formação do caráter das crianças, unidade de critério na direção e estabilidade, e serem tais princípios desvirtuados quando a criança passa de um genitor para o outro, a guarda uniparental tem sido até agora o único caminho possível. Entretanto esta última não garante a unicidade ou harmonia no que tange à condução da criação dos filhos. A guarda pode ser uniparental e as crianças serem submetidas a estressantes desentendimentos propostos por normas conflitantes ou valores parentais mutuamente desqualificantes.

O VERDADEIRO SENTIDO DO COMPARTILHAMENTO

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A guarda uniparental é o reflexo distorcido de uma imagem em que pai e mãe deveriam ser investidos com iguais direitos e deveres em relação aos filhos em comum.

Atribuir a ambos as mesmas responsabilidades é possibilitar, muitas vezes, a utilização do poder familiar em igualdade de condições e retirar aquele poder conferido pela guarda única, muitas vezes utilizado com motivos que não encontram guarida na defesa dos interesses dos filhos. A guarda uniparental possibilita que os filhos sejam "usados" como meio de vingança, que seja retirados da companhia do genitor não guardião e sirvam de moeda de troca em barganhas inconfessadas e inconfessáveis.

O compartilhamento da guarda divide o poder entre ambos os genitores equilibrando forças e evitando comportamentos lesivos aos interesses dos filhos, tal como propiciados pela guarda única.

Entender o benefício da convivência equilibrada da criança com pai e mãe também não significa que ela deva conviver de modo milimetricamente igual com um e com outro. A flexibilidade deve estar presente nos arranjos de guarda compartilhada também, buscando-se sempre o referencial do melhor interesse da criança o que inclui a convivência ampla e aprofundada com ambos os genitores. Nos arranjos tradicionais de guarda um dos genitores DEIXA DE SER o guardião que era até a vigência do casamento e passa a ser um visitante com direito a vigiar.

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A Guarda Compartilhada deve ser tomada, antes de tudo como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

Não se deve confundir o compartilhamento legal da guarda dos filhos com a alternância de guarda física. Um casal pode decidir ter os mesmo direitos e deveres decorrentes do poder familiar (guarda compartilhada legal) sobre os filhos e manter para eles uma residência principal. Outros podem alternar períodos na residência de um e de outro genitor com diferentes composições possíveis (guarda física compartilhada).

Quanto à responsabilidade material para com os filhos pode-se dizer resumidamente, que vale nessa forma de guarda a relação necessidade-

possibilidade, devendo ambos os pais se responsabilizar pelo atendimento às necessidades materiais de seus filhos, sendo a responsabilidade inerente ao poder familiar passa a ter expressão na co-participação na orientação, educação e sustento.

Pode-se dizer que a Guarda Legal compartilhada pode ser acompanhada de, mas não implica necessariamente num compartilhamento da guarda física. Já a guarda alternada implica numa alternância da própria guarda legal além de uma alternância dos períodos de convivência com pai e mãe., apresentando, portanto conseqüências legais muito diferentes daquelas oferecidas pela guarda compartilhada legal.

**A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO INTERDISCIPLINAR E
DA POSTURA LIVRE DE PRECONCEITOS POR PARTE DOS OPERADORES
DE FAMÍLIA**

Uma clara compreensão do significado e da transcendência do que se decide em termos de guarda, tanto por parte da família como dos juízes, advogados, assistentes sociais, psicólogos, redundará em benefício das crianças envolvidas, da família e da sociedade como um todo.

A compreensão interdisciplinar dos fatos, antes abordados apenas sob a ótica jurídica, tem enriquecido iniciativas e aberto horizontes incrementando as possibilidades de que os melhores interesses das crianças envolvidas sejam realmente atendidos.

A partir da Lei e das sentenças judiciais, é útil promover a importância da relação paterno-filial com ambos os genitores após a separação do casal e entusiasamá-los a que compartilhem direitos e responsabilidades na educação de seus filhos. O instigamento dos cônjuges através dos filhos,

questionando reciprocamente as diretrizes educacionais e desqualificando-se mutuamente é consequência da dinâmica do casal e não do regime estabelecido.

Por outro lado o casal deve ser informado sobre as vantagens e desvantagens, prazeres e dificuldades trazidos pelo exercício da guarda. **Tal papel deveria ser preferencialmente desempenhado pelo juiz e advogado pela ascendência que possuem sobre as partes e pela oportunidade de estar com eles e de fazer-se ouvir.**

<p style="text-align: center;">A GUARDA COMPARTILHADA DETERMINADA POR SENTENÇA JUDICIAL</p>
--

Muitos defendem não gerar o compartilhamento da guarda efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, pois pressupõe que seu exercício só será possível se fruto do consenso entre as partes. Entretanto, a imposição legal esteve presente na criação da guarda monoparental e partiu, em geral, de princípios psicológicos equivocados.

Se o Judiciário pode interferir impondo uma decisão no sentido da guarda única que tem o poder de interpor rupturas significativas, porque não poderia fazê-lo na imposição do compartilhamento da guarda por espelhar esta muito mais fielmente o poder familiar?

O argumento de que estando as crianças em contato com ambos os genitores de forma mais freqüente e aprofundada estarão mais sujeitas às manifestações de descontentamento das partes não é válido.

Na verdade, a atribuição da guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos. Além disso, e o mais importante é que, estar em contato com a "contrariedade" dos genitores não é

mais prejudicial aos filhos do que ter um contato distante e esporádico com apenas um deles.

Não é mais cabível sustentar que a guarda compartilhada facilita o estabelecimento de conflitos. A prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser sim, a guarda única, propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos, os quais não teriam encontrado terreno fértil, fosse a guarda, compartilhada. Em suma, o compartilhamento do poder-dever inerente ao poder familiar é o mais natural e indicado e não deveria sofrer ruptura com a separação dos cônjuges.

Para uns a oposição de uma sentença judicial não seria desejável, pois seria uma imposição alheia ao contexto e às decisões intra-familiares. Concordamos com a afirmação se entendermos ser o acordo entre as partes decorrente de um arranjo satisfatório a ambas, objetivando atender ao melhor interesse dos filhos. No entanto, tal situação nem sempre corresponde à verdade. Há genitores influenciados por vontades alheias às suas próprias sem ao menos ter consciência disto sofrendo, aí sim, ingerências incabíveis.

A imposição por sentença judicial por vezes obriga a experiências positivas que de outro modo não aconteceriam, revelando-se apaziguadora de conflitos.

Será verdadeira a afirmação *"ninguém melhor do que os pais para salvaguardar os interesses dos filhos"*?

No calor da contenda nem sempre os pais levam em conta na tomada de suas decisões, os melhores interesses dos filhos, do mesmo modo como nem todos têm condições emocionais e/ou psicológicas pra decidir levando em conta o benefício à prole. Muitas vezes somente diante de sentença judicial serão capazes de estabelecer algum equilíbrio nas novas relações parentais que de

outra forma poderão restar submersas no desequilíbrio emocional de uma ou ambas as partes. Nessas circunstâncias a guarda compartilhada imposta por sentença judicial **mostra-se útil e adequada justamente para aqueles casos em que o diálogo entre os pais NÃO é bom e as partes NÃO conseguem separar os conflitos referentes à conjugalidade desfeita, do exercício da parentalidade responsável.**

Dirão alguns que o sucesso da guarda compartilhada dependerá da disposição das partes em obedecer ao estipulado pelo juiz desconsiderando estar tal dependência presente em todo e qualquer arranjo quer de guarda ou e visitas. A diferença é que na guarda compartilhada ambas as partes estarão igualmente responsáveis pelos deveres em relação aos filhos e igualmente capacitadas a fazer respeitar seus direitos. A nosso ver, tal situação, tende a diminuir as chances de insatisfação e de desobediência.

Em muitos países essa forma de guarda opera de modo automático, sendo preferida em detrimento de outros modelos de guarda, inclusive nos chamados divórcios difíceis. Nós ainda temos um caminho a percorrer e enquanto não pudermos contar com a Lei no apoio ao compartilhamento da guarda precisaremos contar com a abertura de nossos Juízes e no preparo de nossos advogados e promotores, apoiados pelos estudos de suas equipes interdisciplinares. No horizonte, a defesa do interesse de cada criança considerando as especificidades de cada caso.

O CONTRATO NA GUARDA COMPARTILHADA E AS SANÇÕES

Se os filhos estão sendo disputados de algum modo, incluídos nas lides do casal, não é de esperar das partes o bom senso de respeitar a sentença judicial se não entenderem que ela contempla o melhor interesse dos filhos.

O desrespeito ao ordenado judicialmente não está atrelado ao arranjo de guarda ou de visitação, mas à possibilidade à desobediência sem que punições tenham sido previstas para o genitor desobediente.

Em outros países onde o compartilhamento da guarda encontra ampla aplicação, aquele que desobedece pode ser punido até com a perda da guarda para o outro ou sofrer sanções que incluem multas substanciais por dia de desrespeito à sentença.

O contrato deverá **prever sanções** sem o que novamente estaremos contando com a boa vontade e a lucidez que nem sempre estarão regendo as partes no momento da disputa judicial sempre tingida de emoções fortes.

Enfim, ele deverá contemplar a responsabilidade conjunta do poder familiar de ambos os pais, não havendo primazia de um ou de outro no que tange às questões básicas da vida do filho: local de moradia, escola, médicos, formação religiosa, atividades extracurriculares, etc.

A CARGO DE QUEM FICARÁ A ELABORAÇÃO CONTRATO?

Não é incomum nas disputas de guarda as equipes técnicas das Varas serem demandadas em avaliações intermináveis, e desgastantes para os profissionais, as partes e as crianças. Considerar ambos aptos para exercerem a guarda de seus filhos, salvo exceções, liberaria os profissionais da difícil,

quando não impossível, tarefa de dizer quem tem melhores condições para ser o guardião.

Seu trabalho consistiria na composição de um contrato tão minucioso quanto necessário que teria a finalidade de regular a rotina de convivência entre pais e filhos e dispor com relação aos aspectos relevantes da vida da criança em cada uma das famílias recompostas.

As partes seriam convidadas pela equipe técnica para em separado ou em conjunto elaborarem o documento que estaria a reger o compartilhamento da guarda e cada uma delas poderia ter a orientação de seus advogados em relação às cláusulas sobre as quais eventualmente tivessem dúvidas.

A guarda compartilhada, mais do que uma modalidade de guarda tem revelado ser, em alguns casos, a única forma das partes serem detidas em sua sanha litigiosa atribuindo-lhes formas e tratamento mais igualitárias, tratando-as com maior equilíbrio e equidade e, portanto com maior senso de justiça, destituindo-as de argumentos para continuar na lide.

Somente com o cumprimento deste ideal teremos a oportunidade real de dar início à ruptura do ciclo de males transmitidos de geração a geração por adultos que foram crianças às quais foi negada a alternativa menos prejudicial.

