



# PUC RIO

LEILA MARIA TORRACA DE BRITO

SER EDUCADO POR PAI E MÃE: UTOPIA OU DIREITO  
DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS?

TESE DE DOUTORADO

DEPARTAMENTO DE PSICOLOGIA

Rio de Janeiro, 06 de agosto de 1999.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
DO RIO DE JANEIRO

Rua Marquês de São Vicente, 225 - Gávea  
CEP 22453-900 Rio de Janeiro RJ Brasil  
<http://www.puc-rio.br>

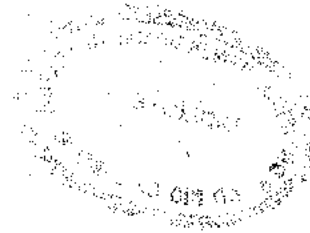
N.Cham. 150 B862s TESE UC  
Título Ser educado por pai e mãe



Ex.2 PUCB

0141336

**LEILA MARIA TORRACA DE BRITO**



**SER EDUCADO POR PAI E MÃE: UTOPIA OU DIREITO DE FILHOS DE PAIS  
SEPARADOS?**

Tese apresentada ao Departamento de Psicologia da  
PUC/RJ como parte dos requisitos para obtenção do  
título de Doutor em Psicologia Clínica.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Maria Euchares Senna da Motta

Departamento de Psicologia  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, 06 de agosto de 1999.

96047

pc/d



150  
B862  
TESE VC  
ex. 2

" No basta con producir la carne humana, hay que instituir-la, es decir, anudar lo biológico, lo social y lo inconsciente con medios jurídicos que constituyan ley genealógica para el sujeto."

(LEGENDRE, Pierre. 1996, contracapa)

A Dylson e Lourdes, que me instituíram enquanto sujeito.

Ao Nei, ao partilhar a lei genealógica para instituir Marcelo.

## Meus agradecimentos

- À Professora Maria Euchares S. da Motta, pela orientação amiga, pela confiança e incentivo.
- À Professora Esther Arantes, orientadora da dissertação de mestrado, além de companheira de trabalho.
- Aos professores, funcionários e colegas do Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, pelo acolhimento e aprendizado recebidos.
- A Sônia Altoé, pela troca de idéias, textos e questionamentos compartilhados.
- Aos colegas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pelo incentivo e troca constante de informações.
- Aos juizes e curadores de família, que, mesmo entre os inúmeros processos a serem despachados, dispuseram-se a responder às entrevistas, a partir do entendimento da interdisciplinaridade do tema.
- Aos advogados que, apesar dos afazeres em seus escritórios, compreenderam a importância da participação na pesquisa de campo.
- Aos pais separados que, ao serem entrevistados, permitiram um descortinar de histórias pessoais, retratando suas vivências frente às questões de guarda e visitação.
- Aos parentes, amigos e alunos que colaboraram no "recrutamento" dos entrevistados.
- À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, pela concessão da bolsa.
- A Verinha e Mariza, eficientes e incansáveis funcionárias da PUC, sempre prontas a prestar esclarecimentos e informações necessários.

## RESUMO

Em função da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, que dispõe sobre o direito de a criança ser educada por ambos os pais, realizou-se um estudo procurando verificar se essas resoluções trouxeram, ou não, alterações significativas ao Direito de Família brasileiro e às vivências específicas de pais separados quanto à guarda e visitação dos filhos. Pressupondo-se a articulação do campo social com o do psiquismo frente ao exercício da paternidade, buscou-se a análise, no contexto brasileiro, do campo social em que se inscrevem as montagens sobre filiação e paternidade. Os vínculos parentais, originalmente relacionados ao casamento, foram alterados recentemente devido à fragilização da instituição conjugal, havendo, portanto, necessidade de se reavaliar a garantia das crianças à filiação. Entrevistas com operadores do Direito e pais separados revelaram que as dificuldades no exercício da paternidade não devem ser avaliadas apenas no plano individual. Destacam-se fatores sociais, ideológicos e legais, responsáveis por definir a mulher como protagonista dos cuidados e da educação infantil.

## ABSTRACT

Due to the International Convention on the Rights of the Child, in 1989, which regulates the right of a child to have a dual parental education, a study has been made to evaluate whether resolutions have brought or not, significant changes to the Brazilian Family Law and to the lives of those who have gone through marriage splitting in cases concerning custody or access. Presupposition on articulation of the social field to psyches towards parenthood performance, it has intended an analysis, in a Brazilian context, of the social field in which filiation and paternity were mounted. The concept of parental ties, originally related to marriage, have been changed nowadays due to the weakening of the matrimonial institution, which leads to a need of reevaluation the guarantee of the child's rights to filiation. Interviews with juridical operators and divorced parents disclosed that the difficulties to exercise paternity should not be evaluated only on individuals. Social, ideological and legal factors are responsible to define women as protagonists of care and education of the children.

## SUMÁRIO

1-	<b>INTRODUÇÃO</b>	1
2-	<b>GENEALOGIA E LEGISLAÇÃO</b>	10
2.1-	Do lugar genealógico	10
2.2-	Das convenções jurídicas	25
3-	<b>MUDANÇAS NO TEMPO HISTÓRICO</b>	35
3.1-	Sobre as regras conjugais	36
3.2-	Síntese cronológica de estudos sobre a família e papéis parentais	41
3.3-	Sobre os denominados "Novos Pais"	49
3.4-	Busca da igualdade jurídica entre homens e mulheres	55
3.5-	Isonomia jurídica X preconceitos sociais no direito de família brasileiro	58
3.6-	Questões referentes ao princípio isonômico na guarda de filhos	66
3.7-	Sobre os documentos internacionais de proteção aos menores de idade	77
3.8-	Encaminhamentos legislativos de alguns países e sua relação com o Direito de Família	82
4-	<b>CRITÉRIOS NORTEADORES NA ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS</b>	90
4.1-	Interesse da criança e direitos da criança	90
4.1.1-	Nos eixos geométricos	90
4.1.2-	Sujeito de direitos	95
4.2-	Deveres e direitos parentais	102



<b>5-</b>	<b>SOBRE AS AVERIGUAÇÕES NO CAMPO</b>	<b>121</b>
5.1-	A construção dos instrumentos	121
5.2-	Justificativas	125
5.3-	Procedimentos e amostra	127
5.4-	Resultados	129
5.4.1-	O posicionamento dos operadores do Direito	129
5.4.1.1-	Educação e sustento dos filhos	129
5.4.1.2-	Deveres do pai-visitante	135
5.4.1.3-	Interesse da criança e direitos da criança	139
5.4.1.4-	Deveres conjugais e deveres parentais	143
5.4.2-	O posicionamento dos pais	146
5.4.2.1-	A guarda dos filhos e suas implicações	147
5.4.2.2-	Deveres do pai visitante	159
5.4.3-	Cenas colhidas no cotidiano	163
5.4.4-	Procedimentos jurídicos e práticas parentais	165
<b>6-</b>	<b>CONCLUSÕES</b>	<b>182</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>193</b>
	<b>APÊNDICE</b>	<b>205</b>
	Roteiros das Entrevistas:	
	- com Operadores do Direito	205
	- com pais e mães separados	206

"... ao cair da noite, jantaríamos todos juntos, uma sopa honesta, um assado digno, uma sobremesa caseira cheirando a cravo e canela. Conversas amenas durante a refeição, depois daríamos graças ao Senhor e curtiríamos o serão jogando víspera, burro-em-pé, damas, os mais antigos, remanescentes do tempo de Machado de Assis (se ainda os há), prefeririam o voltarete. Depois trocaríamos boas-noites e ósculos, vestiríamos camisolas rendadas e gorros para proteger cabeça e sonhos. Essa família já existiu, não existe mais, invocá-la é mera hipocrisia."<sup>1</sup>

(CONY, Carlos Heitor. *Folha de São Paulo*, 29 nov. 1997)

---

<sup>1</sup> Completamente absorvida pela temática em estudo e pensando nas mudanças que presenciamos nos núcleos familiares na atualidade, em contextos que se apresentam, muitas vezes, distintos do da denominada família nuclear, deparei-me com o interessante artigo de CONY, no qual o autor recorda alguns costumes da tão proclamada "família brasileira".

## 1 - INTRODUÇÃO

Visando a responder questões evidenciadas pelo momento histórico atual - quando o número de separações matrimoniais aumenta a cada dia, muitas vezes acompanhado por sérios problemas que envolvem o cuidado dos filhos -, buscou-se investigar como se constitui, no Direito de Família brasileiro, o exercício do dever parental na atribuição de posse e guarda de filhos de pais separados.

As disposições legais que definem questões relativas à atribuição de posse e guarda podem trazer conseqüências psicossociais à filiação e ao exercício da paternidade?

Encontra-se essa legislação em consonância com as recomendações internacionais?

Em 20 de novembro de 1989, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, consagrando, no artigo 9º, o direito fundamental à educação por ambos os pais, salvo se isto for contrário ao interesse da criança. Ao analisar a abrangência deste documento, PEREIRA (1992, p.69) esclarece que:

"A Convenção representa um consenso de que existem alguns direitos básicos universalmente aceitos e que são essenciais para o desenvolvimento completo e harmonioso de uma criança. Representa em definitivo, o instrumento jurídico internacional mais transcendente para a promoção e o exercício dos direitos da criança."

No Brasil, o texto da Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovado pelo Congresso Nacional em 14/9/90 e promulgado pelo Presidente Collor em 21/11/90. No mesmo ano, a legislação nacional consagrou os direitos infanto-juvenis, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), que substituiu o Novo Código de Menores, de 1979. Temos agora um texto jurídico baseado na doutrina da proteção integral infanto-juvenil, considerando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Como bem lembra GOMES DA COSTA (In: KALOUSTIAN, 1994, p.20)

"As normas internacionais tendem a se refletir nas legislações nacionais. E as iniciativas surgidas no âmbito das Nações Unidas, por sua vez, também exercem influência sobre o perfil das políticas públicas e dos movimentos sociais em cada país."

Entende-se que deve ser preocupação do Estado assegurar que a criança desfrute da dimensão afetiva necessária a um adequado desenvolvimento, correlacionando-se a possibilidade de manutenção de um vínculo estável com a família ao bem-estar infantil. Sob o ponto-de-vista de atribuição da guarda, a Justiça deve preocupar-se sobremaneira em não enfraquecer esta condição, perseguindo relações contratuais que preservem os vínculos de filiação.

O Estado brasileiro, especificamente através do *Programa Nacional de*

*Direitos Humanos*, elaborado pelo Ministério da Justiça em 1996, ressalta a necessidade de conscientização da sociedade brasileira e sua mobilização pelos direitos humanos, propondo a implementação e divulgação de atos internacionais e dispendo sobre a adequação de, a curto prazo, o Estado

"... implementar as Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, como as que tratam dos direitos da criança e do adolescente, em particular cumprindo prazos na entrega de planos de ação e relatórios." (p.38)

A alusão a expressões como "pais de fim-de-semana", "babás de luxo", "pai-McDonald's", entre outras, constantemente utilizadas com referência aos que restringem o exercício da paternidade a pequenas saídas com a criança, semanais ou quinzenais, sugere ser este um objeto de estudo, não apenas da Ciência Jurídica, mas também de outras áreas de conhecimento como a Psicologia, a Sociologia e a Antropologia. Pode-se aqui recordar LACAN (1987), quando, no texto de 1938 - *Os complexos familiares na formação do indivíduo* -, aponta a estrutura cultural da família humana, a qual percebe como uma estrutura complexa, considerando impossível seu entendimento se utilizados apenas os métodos psicológicos de observação e análise. Sugere o autor que

"sua interpretação deverá, então, se esclarecer com os dados comparados da etnografia, da história, do direito e da estatística social. Coordenados pelo método sociológico, esses dados estabelecem que a família humana é uma instituição." (p.12)

Aponta ainda para o referencial de que a representação ocidental de família é equiparada à da família biológica, o que não acontece em outros agrupamentos

familiares, como nas formas denominadas primitivas, em que o parentesco não possui necessariamente relação com laços consangüíneos.

A pesquisadora francesa Irène Théry (1996d) chama a atenção para o significado da palavra *filho*, derivada do latim "*puer filius*", expressão que reúne dois sentidos: o de uma faixa etária, uma idade cronológica, mas também o de ser filho de alguém. Ou seja, não só uma fase do desenvolvimento, mas também uma questão genealógica, sendo uma das dificuldades da sociedade contemporânea a conjunção destes dois sentidos, caminho que se pretende seguir no decorrer deste trabalho.

Comparando-se inicialmente a indicação da legislação internacional ao artigo 15 da lei 6.515, que regula a dissolução da sociedade conjugal no Brasil<sup>2</sup>, percebe-se que os direitos da criança, assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, podem não estar sendo devidamente cumpridos. Erroneamente este artigo poderia reforçar a noção de que ao pai que não permaneça com a guarda do filho não caberão preocupações com questões do cotidiano infantil, cumprindo-lhe apenas "*fiscalizar*" a condução do processo educativo.

Visando a reforçar o estabelecimento de vínculos mais consistentes entre pais e filhos, a partir da concepção de que a convivência familiar é vista como um direito inalienável da criança, a legislação de outros países<sup>3</sup> foi alterada de forma que, após a separação do casal, o exercício da autoridade parental seja conjunto, em princípio, atribuindo-se ainda à criança o direito de ser ouvida em juízo, conforme estabelece a Convenção. Como explica a advogada francesa Catherine Villeneuve

---

<sup>2</sup> Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. "Artigo 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

<sup>3</sup> Conforme exposto no item 3.8.

(1994), a autoridade parental<sup>4</sup> exercida em conjunto estabelece que todas as decisões determinantes para as crianças, tais como: problemas médicos, escolares, viagens, religião, etc. devem ser tomadas por ambos os cônjuges, enquanto que um ou outro residirá com elas. Busca-se, desta forma, imprimir práticas tidas como mais adequadas ao desenvolvimento infantil. Neste sentido DOLTO, em seu livro *Quando os pais se separam* (1989), argumenta que a lei está a serviço dos cidadãos para defender as liberdades; no entanto, muitas vezes os trâmites jurídicos são responsáveis por instabilidades emocionais dos filhos, quer durante ou após o processo de separação conjugal.

Atualmente, na maioria dos países, a separação conjugal é vista como um fato corriqueiro, comum a grande parte da população, como demonstram as estatísticas. Na França (VILLENEUVE, 1994), um terço dos casamentos termina em divórcio, chegando a 50% na região parisiense. THÉRY (1988) relata que o número de filhos de pais divorciados quase dobrou naquele país entre 1975 e 1985. Preocupadas também com levantamentos quantitativos, as juízas francesas Marie Christine George e Sylvie Perdrille (1996, p.114) afirmam que, em seu país, um terço dos pais, após a separação conjugal, "não vê mais seus filhos, ou os encontra pouco", fato que aponta a preocupação necessária ao encaminhamento da questão.

Pesquisador do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, PETRUCCELLI (In: KALOUSTIAN, 1994, p.168) relata, em seu texto sobre nupcialidade, que as variáveis referentes a separações, divórcios e guarda de filhos só começaram a ser coletadas pelo I.B.G.E. a partir de 1984. Segundo esses estudos, as percentagens sobre separações e divórcios no Brasil ainda são bem menores, se comparadas às de outros países, como França ou Estados Unidos. Em meados dos anos 80, para

---

4 Naquele país a autoridade parental é definida como "o conjunto de direitos e deveres dos pais a respeito de seus filhos menores com o fim de lhes educar e de lhes proteger fisicamente e moralmente" (France Pratique)

cada cem casamentos ocorriam três divórcios no Brasil, enquanto na França este número elevava-se a quarenta e um, chegando a quarenta e oito nos Estados Unidos. A tendência da evolução do quantitativo de separações no Brasil pode ser analisada, comparando-se estes números aos levantados em 1990, que apontam 10,8 divórcios a cada cem casamentos. Quanto à sentença sobre a guarda dos filhos, no período relativo a 1984 - 1990, PETRUCELLI informa que, de 80 a 85% dos casos, é a mulher quem tem ficado com a guarda, percentual semelhante ao apurado em outros países (GEORGE et PERDRIOLLE, 1996).

Analisando-se o Anuário Estatístico do Brasil (1994) computado pelo I.B.G.E., a partir de levantamento no registro civil, constata-se que, em 1991, o número de casamentos registrados é de 743.416, ao passo que os processos de separação encerrados em primeira instância correspondem a 77.683.

A escassez de pesquisas no Brasil sobre a temática contrasta com a excelência da produção acadêmica (KALOUSTIAN, 1994; RIZZINI et PILOTTI, 1995) relacionada aos direitos da criança, pertinentes à Justiça da Infância e da Juventude, priorizando-se estudos sobre: crianças e adolescentes envolvidos com atos infracionais; "meninos de rua" e maus tratos. Contrasta também com a preocupação expressa por profissionais de outros países, tais como França e Suécia, em relação a temas como: divórcio, guarda de filhos, recasamento, que conduzem pesquisadores à busca constante de reflexão interdisciplinar sobre os problemas psicossociais que emergem no Direito de Família (LAHALLE, 1990). Na análise de questões referentes à guarda de filhos de pais separados, diversos autores estrangeiros (AGELL, 1992; THÉRY, 1988) chamam a atenção para a necessidade de um aumento do número de pesquisas referentes ao desenvolvimento e comportamento das famílias, visando à articulação destes conhecimentos, inclusive quanto à aplicação das regras legais.



A questão proposta para estudo é fruto, em parte, da dissertação de mestrado *Varas de Família: uma questão para psicólogos?*, defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, que resultou no livro *"Se-pa-ran-do : Um estudo sobre a atuação de psicólogos em Varas de Família"* (BRITO, 1993). Nessa época, iniciou-se pesquisa sobre o universo das Varas de Família no Estado do Rio de Janeiro, priorizando a investigação sobre as solicitações dirigidas a psicólogos em casos de disputa por posse e guarda de filhos menores, após a separação dos pais.

A demanda, expressa por juristas, de um trabalho psicológico, sistemático, nos Juízos de Família (BRITO & PEREIRA, 1985, p.120), aliada à inexistência, na época, do cargo de psicólogo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foram fatores determinantes para a escolha do tema pesquisado. As entrevistas com profissionais da área jurídica, visando ao trabalho de dissertação, apontaram para o dado de que situações de disputa por posse e guarda de crianças nos litígios familiares devem ser resolvidas segundo o "*melhor interesse da criança*". Quando a Justiça não dispõe de elementos suficientes para determinar este quadro, pode recorrer a outros profissionais com formação específica para essa tarefa.

Percebe-se, no entanto, que não se trata simplesmente de utilizar técnicas psicológicas para indicar o "*melhor interesse da criança*", o que geralmente é feito através das chamadas perícias psicológicas. Deve-se, sobretudo, procurar discutir e averiguar o significado dos termos "*dever parental*" e "*direitos parentais*", assim como "*melhor interesse da criança*" e "*direitos da criança*", à luz da legislação brasileira, na medida em que as ações em favor do cuidado e educação das crianças constituem tema fundamental e de interesse comum em relação ao futuro.

Visa-se, portanto, à verificação de como o Direito de Família brasileiro prevê o exercício do *dever parental* e como este é percebido e praticado pelos pais

separados. Indaga-se também se a guarda de crianças atribuída geralmente às mães, associada à prática de "pais de final-de-semana", estaria influenciando os comportamentos referentes à filiação e ao exercício da paternidade, interferindo no direito de a criança ser efetivamente educada por pai e mãe.

A necessidade de conjugar o referencial das Ciências Humanas às Ciências Jurídicas, perpassando por uma análise histórica dos conceitos relacionados, aponta como referência significativa os estudos sobre genealogia e filiação desenvolvidos basicamente por autores franceses, a partir do denso trabalho de LEGENDRE. O aporte teórico apresentado por HURSTEL (1989) sobre a importância da dupla inscrição da função paterna foi decisivo para a definição final do objeto de estudo, vislumbrando-se a possibilidade de análise, no contexto brasileiro, do campo social em que se inscrevem as montagens sobre filiação e paternidade. A articulação do campo social com o do psiquismo conduziu à prioridade de investigação sobre o primeiro fator correlacionado ao exercício da paternidade.

Para análise da temática, o ponto de partida foi o entendimento sobre os direitos dispostos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e a vasta bibliografia estrangeira produzida posteriormente. Para tanto, tornou-se primordial avaliar as mudanças ocorridas tanto na legislação de outros países como na brasileira, verificando-se a argumentação utilizada como justificativa. Assim, comparando, confrontando e analisando, procedeu-se à elaboração dos roteiros das entrevistas empreendidas.

A avaliação sobre a pertinência de condução de uma pesquisa de campo permitiu o mapeamento de dois grupos a serem entrevistados, sendo o primeiro o dos denominados Operadores do Direito: juízes, representantes do Ministério Público, advogados e professores de Ciências Jurídicas. O critério para composição da amostra deste segmento foi o de atuação, no presente, em causas relacionadas

ao Direito de Família e atividade predominante na justiça paga.

O segundo grupo entrevistado foi composto por pessoas provenientes de uniões dissolvidas juridicamente, com filhos. Como critério para participação da amostra, solicitava-se que a separação estivesse legalizada judicialmente (já que algumas perguntas referiam-se a dados relativos à audiência) e que os filhos fossem menores de idade.

Com vistas ao entendimento das referências apresentadas pelo campo social, utilizaram-se artigos de jornais e revistas como fontes documentais sobre questões vivenciadas no atual momento histórico.

Pretende-se, a partir da integração do conjunto de reflexões e dados apresentados como produto desta pesquisa, contribuir para uma melhor compreensão do que vem ocorrendo na realidade brasileira com referência à guarda de filhos e à visitação, questões interligadas aos conceitos de filiação e exercício da paternidade. Colaborar com novas perspectivas de análise, através de articulações teóricas distintas das que, até então, habitualmente se utilizavam, constituiu-se no desafio estabelecido.

## 2 - GENEALOGIA E LEGISLAÇÃO

### 2.1 - DO LUGAR GENEALÓGICO

No campo das Ciências Sociais e Humanas, HURSTEL (1992) e GIFFIN (1998) apontam o surgimento de novos moldes de família e de parentalidade à véspera do terceiro milênio. A constatação de que os papéis tradicionais atribuídos ao homem e à mulher - enquanto pai e mãe, coabitando como parceiros na família nuclear - já não se aplicam em muitos casos, conforme comprovam as estatísticas, faz necessário um olhar focado para os problemas cotidianos que emergem nestes novos arranjos sociais. HURSTEL (1992), por exemplo, enfatiza que passamos, no momento, por uma fase de transição que pode ser vista como angustiante, na medida em que se questiona como deve ser constituída a família para as crianças desta época, em que se percebe claramente um desmonte da família nuclear, conduzindo a formas diversas de agregação.

Estudos antropológicos demonstram a importância dos conceitos de família, filiação e parentalidade como criações especificamente humanas, derivadas culturalmente e que não se apresentam como fenômenos naturais. Revelam estes trabalhos que tanto o lugar quanto as funções de pai e de mãe, nas organizações

familiares de culturas distintas, não correspondem, muitas vezes, ao definido pela família nuclear atual, em que se institui o genitor como o pai. HURSTEL (1992) cita levantamento realizado com diversos grupos africanos nos quais se observa que o pai biológico é apenas um dos pais de que a pessoa dispõe, na medida em que esta função é exercida também por outros homens, designados através do *status* que possuem e/ou pela idade. Para a criança que vive nessa cultura, ter um só pai é ser considerada quase órfã, explica a autora.

Na comparação da designação do *status* paterno, pode-se perceber que não é somente o dado biológico que vai fundar a parentalidade ou a filiação. Alguns pesquisadores argumentam (HURSTEL, 1992; NOËL, 1992) sobre a importância da definição de três eixos fundamentais na designação da parentalidade: o jurídico, o biológico e o afetivo. Na designação jurídica identifica-se aquele que transmite o nome, garantindo as regras de aliança e filiação; já o eixo afetivo engloba as modalidades de educador e provedor. THÉRY (1995) opta pela classificação: genealógico, biológico e doméstico, justificando que "o genealógico é aquele que o Direito designa como tal" (1995, p.11). Expõe, no entanto, que em nossa cultura o Direito encarrega-se de identificar os pais, assim como as regras sobre o exercício da parentalidade, cujo sistema simbólico o Direito também é responsável por ressaltar. Observa ainda a autora que a representação deste sistema está presente em toda a humanidade, porém com construções variadas nas distintas culturas. A utilização do termo "doméstico" justifica-se pelo entendimento de que, neste componente, o essencial é a coabitação e um cotidiano próximo, com constantes trocas afetivas.

Definem, no entanto, os autores, como traço comum entre distintas culturas, a necessidade da conjunção de pelo menos dois desses eixos para a família ser percebida como verdadeira. Na nossa sociedade, até há pouco tempo, os três eixos

referiam-se à mesma pessoa. Na família romana a história demonstra que o pai era designado juridicamente como o marido da mãe ( o pai é aquele que o casamento designa como tal).

Atualmente, face à multiplicidade de situações familiares que presenciamos (famílias reconstituídas, famílias monoparentais<sup>5 6</sup>, etc.), uma criança pode ter um genitor, um pai que lhe deu o nome, e um outro, que cuida dela no dia-a-dia. Constantes indagações, discussões e argumentações sobre quem é o pai das crianças, ou dos embriões, já fazem parte do cotidiano, conforme reportagem publicada na revista *Time* e reproduzida pelo jornal *Folha de São Paulo* (1º de abril de 1998) com o título "Um caso de proveta - depois do divórcio quem fica com os embriões?", enfocando o descompasso existente entre os avanços da ciência e o disposto nas legislações, as quais geralmente estabelecem que a determinação biológica é a que deve prevalecer. Os estudos antropológicos neste âmbito tomam-se de grande importância quando esclarecem que a designação paterna não encontra seu determinante no contexto biológico e, sim, na cultura. Como exemplo, HURSTEL (1989) cita os Mossi, camponeses da República do Alto Volta, atualmente Burkina Fasso, onde as crianças têm aproximadamente dez pais cada uma, com papéis diversos a serem desempenhados. Para todos, porém, funciona o interdito do incesto, assim como as regras de aliança, ou seja, um filho desses homens não poderá casar-se com nenhuma filha deles.

LEGENDRE, Jurista, psicanalista e historiador das instituições, desponta

---

5 SAMALIN-AMBROISE (1996, p.257) define a família monoparental a partir da seguinte designação: "...uma família constituída por uma pessoa vivendo só (pai ou mãe) com uma ou várias crianças."

6 Dominique Gillot, entrevistada por FOHR et alii para o *Nouvel Observateur* (1998, p.16), discorda do emprego cada vez mais freqüente desta classificação, defendendo que, se a criança reside só com um dos pais, a imagem do outro não deve ser esquecida. O uso do termo parece reforçar a filiação decorrente de uma só linhagem.

atualmente na Europa <sup>7</sup> em função das pesquisas desenvolvidas no Laboratório Europeu para o Estudo da Filiação, onde se propõe examinar a conexão entre o Direito e a Psicanálise, investigando a inscrição das instituições jurídicas e sociais na subjetividade humana. Nesta interseção discursiva, denomina "Juridismo" <sup>8</sup> um certo modo de pensar próprio, que caracteriza o ocidente, a partir do entendimento de que esta civilização refere-se à cultura do Direito Civil. KOZICKI (1992b, p.39) explica que a definição dada por LEGENDRE ao ocidente é a de "um conceito jurídico que descansa sobre um tripé estrutural: Direito Romano, Cristianismo e Sociedade Industrial". A lei e as explicações a ela referidas atuam como fonte de crença universal, moldando e ordenando socialmente os indivíduos. Neste sentido LEGENDRE define o "Juridismo" como uma religião universal. Destaca, também, que a ciência da lei pode ser entendida como uma "ciência do comentário" (KOZICKI, 1992a, p.119), quando um mesmo significante pode ser empregado para justificar decisões distintas. Nos estudos sobre a instituição familiar, LEGENDRE (1996, p.76) explica: "a família não é uma justaposição de indivíduos: é uma entidade, que por conseguinte implica lugares que têm valor estrutural, nomeados e juridicamente organizados".

Os problemas decorrentes dos denominados avanços científicos, empreendidos ultimamente pela Medicina, conduzem LEGENDRE (1996) à afirmação de que as montagens fundadoras dos direitos das pessoas devem ser dadas pelo Direito e, não, pela ciência médica ou biológica. Preocupa-se o autor com o fato de que na atualidade discorre-se efusivamente sobre o desenvolvimento da ciência, em especial das biológicas, desprezando-se o estudo dos conceitos jurídicos e de sua

---

<sup>7</sup> KOZICKI (1992b, p. 36), que trabalhou com LEGENDRE por quase uma década, afirma que "em certos círculos acadêmicos da França se considera Pierre Legendre um pensador maldito".

<sup>8</sup> KOZICKI (1992a, p.123) esclarece que "juridismo" é a tradução que adotou para o termo "juridisme", utilizado por LEGENDRE, por entender que a tradução como "jurídico" deformaria o conceito.

importância para a humanidade. Nesta perspectiva, a noção de limite encontra-se determinada pela ciência, daí decorrendo que o efeito normativo também é por esta disposto. Fator de muita discussão no meio acadêmico foi o editorial do jornal *Folha de São Paulo*, (21 dez. 1998), que, com referência ao acelerado desenvolvimento das chamadas ciências da vida, abrangendo a clonagem de seres vivos, defendia que "A ciência da vida é matéria importante demais para ser deliberada somente por cientistas"(p.2). Intenso foi o debate que se seguiu, via Internet, no jornal eletrônico editado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (23 dez. 1998), que durante vários dias apresentou o posicionamento de representantes da comunidade acadêmica.

A família relaciona-se à ordem política da sociedade na qual está inserida, ou seja: a maneira como esta cultura se organiza, para assegurar a reprodução da vida e o cuidado com as crianças, será assimilada pela organização familiar. A existência de uma convenção social, ou jurídica, traduzida na nossa cultura pela legislação, terá primazia sobre o dado social, quando se observa que o poder parental deve ser referendado pelo Estado. Por esta ótica, ressalta-se o quanto os textos jurídicos podem ser relevantes ao instituírem as representações paternas. Através destes, apresentam-se o lugar e as funções que a sociedade considera convenientes aos genitores. Como descreveu COSTA (1986, p.36), "não é o pai que cria a Lei, é a Lei que cria o pai". CHAILLOU (1996), em seu livro *Guide du Droit de la Famille et de l'Enfant*, define que uma das funções do Direito é a de distribuição de lugares, cabendo ao Direito de Família esta disposição no contexto familiar. Intrinsecamente o texto legal funciona como um regulador, não só das relações familiares, como dos papéis sociais que cabem a cada um dos cônjuges. Como exemplo, pode-se observar que o Código Civil Brasileiro de 1916 dispõe, nos artigos 233 e seguintes, os direitos e os deveres do marido e, nos artigos 240 e seguintes, os direitos e os



deveres da mulher.

Esclarece THÉRY (1996c) que, em resposta ao número crescente de separações, observam-se na França basicamente dois tipos de argumentação frente à instituição do casamento. Os que defendem a manutenção da família natural, visando a sua estabilidade e à de seus membros, concluem que a desagregação familiar é sinônimo de decadência social e moral. Já a corrente que defende o individualismo localiza na família a impossibilidade de exercício do valor supremo da liberdade individual. Esta corrente rejeita as diferenças, visando a combater a discriminação entre papéis. Percebe a autora que, no momento, esta dualidade parece relativizada. Os defensores da "autêntica família" já aceitam os novos arranjos familiares, enquanto os defensores do individualismo estrito reconhecem as dificuldades sociais que se impõem quando se coloca em prática esta concepção. Frente a este impasse, analisa THÉRY (1966c) que o argumento da família contemporânea como uma rede de relações tem sido o utilizado pelas duas correntes. Todavia, para alguns pesquisadores (LEGENDRE, HURSTEL, THÉRY) esta explicação não é suficiente com referência à família enquanto instituição, na medida em que simplifica a importância da instituição familiar - aquela que *"articula a diferença de sexo e a diferença de gerações"* (THÉRY, 1996c, p.68) -, como uma montagem simbólica. Defendem, portanto, o entendimento da família como uma estruturação psíquica, com lugares definidos para cada um dos membros. Tais lugares podem variar de acordo com a cultura, o que explica não ser a determinação biológica que os fixa. Para os antropólogos, a referência simbólica<sup>9</sup> presente nesses lugares genealógicos seria determinante na constituição subjetiva das noções de

---

<sup>9</sup> O entendimento de LÉVI-STRAUSS quanto ao sistema simbólico das estruturas culturais é assim descrito por LAPLANCHE et PONTALIS (1986, p.625): "Toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos, na primeira fila dos quais se situam a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião".

identidade e de alteridade, relacionando-se o individual ao universal.

Considera HURSTEL (1989, p.238) que atualmente se presencia uma verdadeira "Torre de Babel" frente aos estudos que pretendem focar "a causa do pai". Imagens, função, lugar social, papel social são exemplos de expressões utilizadas, indiscriminadamente, como se tratasse de referências semelhantes. Discorda do uso indeterminado da expressão "papel do pai", que acaba por englobar todos os aspectos da paternidade. Buscando analisar a denominada "função paterna" (1989)<sup>10</sup>, a autora aponta para o fato de esta ser uma noção com dupla inscrição, ou seja: no campo social, relacionada às montagens jurídicas, e no do psiquismo, ressaltando a importância de se pensar na formação de subjetividades, construídas em momentos específicos de cada sociedade. Esclarece ainda que a noção de transmissão da lei é que permitirá o entendimento das articulações entre o campo social e o do psiquismo, favorecendo o desenvolvimento de uma ancoragem social da função paterna, facilitada pelos apoios simbólico-sociais. Nota a autora que:

"...é dentro de um discurso, ou de um texto, que devemos buscar o que no campo social irá constituir a Lei e fundar a função paterna. Esse texto, esse discurso é aquele que é constituído pelas leis orais ou escritas que instituem a ascendência." (p.248)

Explica ainda (1989) que a via cultural da transmissão refere-se ao fato de que assumir a função paterna significa submeter-se às leis da cultura, como também submeter o filho, função esta exemplificada pelos "ritos de passagem". A escassez das "marcas simbólicas sociais" (p.257) presenciadas na sociedade contemporânea

<sup>10</sup> Cabe informar que na *Encyclopédie Philosophique Universelle* (1990), *Les Notions Philosophiques*, a análise do vocábulo "paternité" (p. 1876) é de autoria desta pesquisadora, que reafirma sua compreensão sobre a função paterna.

ocasiona dificuldades nestas situações de passagem (nascimento, adolescência), existindo assim uma demanda de ajuda aos diversos especialistas, como psicólogos e psicanalistas.

As dimensões sociais e privadas com referência à paternidade estão interligadas, sendo necessário que os encaminhamentos jurídicos dispostos pela sociedade sustentem a importância da dimensão de ser pai no âmbito privado.

Este raciocínio remete HURSTEL (1992, p.63) à percepção de que a criança, na verdade, nasce duas vezes: a primeira seria o nascimento biológico e a segunda, o cultural, este, sim, o responsável pela sua "humanização" - referência fundamentada em LEGENDRE (1996), que, nas Lições IV, denominadas *O inestimável objeto da transmissão*, ressalta a importância do princípio genealógico como o responsável por instituir o ser humano na cultura. Define assim que "o trabalho jurídico é destinado a dar literalmente ao biológico, forma humana." (p.316)

Não se está aqui desprezando a importância das teorias relacionais, que apontam para o conjunto de vínculos afetivos existentes nas relações parentais. Justifica-se, no entanto, que, além das relações afetivas, é necessário atentar para a dimensão simbólica da parentalidade, na medida em que a crise conjugal pode resultar em uma confusão quanto à filiação. É neste sentido que se argumenta sobre a importância da designação do eixo jurídico da parentalidade, o qual transcende a singularidade do vínculo entre pai e filho, na medida em que oficializa perante a sociedade que "não é o real da semente que conta, mas as leis ou os costumes que designam aquele que será o 'genitor': a função de genitor é uma função social" (HURSTEL, 1989, p.251/2).

Diferencia-se assim, no gênero humano, a simples reprodução da espécie da possibilidade de uma sucessão de gerações com particularidades culturais, a qual pode-se denominar de dimensão genealógica da filiação. Este eixo genealógico

engloba um sistema de "permutação de lugares, aquele no qual o filho deixa de ser um filho para tornar-se um pai, permitindo então a seu filho ocupar seu próprio lugar de filho." (THÉRY, 1996c, p.78)

Apesar das diversidades culturais, HURSTEL (1996a) identifica como fundamentais duas condições para a caracterização da função do pai, independentemente do contexto cultural, ou seja:

"que os pais sejam instituídos, quer dizer que eles sejam claramente designados pela lei e pela sociedade, que sejam definidos seus direitos e seus deveres e; que os que assumem a função possam falar e agir em nome dessa função." (p.121)

Embasada nas montagens jurídicas, a função paterna, portanto, necessita ser reconhecida pela mãe e praticada ou assumida pelo pai.

LEGENDRE esclarece que é o Estado que confere as categorias estruturais, a partir da montagem ou definição de leis e jurisprudências. Ao expor suas idéias em um colóquio sobre autoridade, responsabilidade parental e proteção da infância, o autor (1992) argumenta que as mudanças sociais na composição familiar atual conduzem à interrogação de como organizar o poder genealógico <sup>11</sup>. Como exemplo de tais mudanças podem-se citar as procriações medicamente assistidas, as adoções por casais homossexuais ou ainda a reconstituição da vida afetiva dos pais por meio de uma opção homossexual após casamento heterossexual.

---

<sup>11</sup> LEGENDRE (1992, p.367) define poder genealógico como "o poder de se reproduzir conforme a lei da espécie." KOZICKI (1990, p.2) acrescenta que "o princípio genealógico não é um princípio biológico, mas um princípio jurídico, cujo eixo, precisamente, é a função paterna".

"O problema institucional - o problema de instituir a vida hoje, não é saber se temos boas intenções políticas, se somos bons democratas, mas sim de saber se o Direito Civil, o sistema normativo de um modo geral (para o qual contribuem diretamente as administrações públicas ou privadas) é vivível, subjetivamente vivível, para o sujeito das novas gerações" (LEGENDRE, 1992, p.371)

Por esta ótica a importância da função simbólica do Direito vai de encontro a interpretações que o enquadram como simples ferramenta de regulação social. A definição citada propõe que se pense no Direito Civil a partir da importância deste para a civilização e "humanização" do ser, já que os respectivos procedimentos jurídicos devem manter estreita correlação com as funções do nascer e do fazer viver o sujeito em sua dimensão simbólica.

Retornando a LEGENDRE (1992), depara-se com a argumentação de que se presencia hoje o fim do poder paternal e o surgimento de outro conceito, o de autoridade ou responsabilidade parental, cabendo à lei, na representação do Estado, fixar os lugares do exercício parental. Entende o autor que a família funda <sup>12</sup> o sujeito enquanto ser social, na medida em que possibilita o acesso do indivíduo à cultura.

Os trabalhos de HURSTEL (1996a) fornecem mais alguns esclarecimentos, complementando com o dado de que a singularidade nas histórias de cada pai, a maneira como vivencia este percurso, a partir da ordem de transmissão genealógica, funciona como elemento que denomina "mediador" na determinação da função paterna. Estes trabalhos sugerem que se deve conjugar o disposto na legislação às transmissões genealógicas vivenciadas. Figurativamente, os eixos do passado e do presente, em sua interseção, atuam como determinantes da função paterna,

---

<sup>12</sup> Para LEGENDRE (1992, p.369) fundar significa "autorizar a criança a viver, introduzindo-a nas categorias da identidade que são as categorias da razão."

influenciando na constituição das subjetividades.

Grande pesquisadora sobre o exercício da função paterna, HURSTEL (1996a) em mais um de seus estudos explica que as mães atuais, em decorrência da saída do âmbito estritamente doméstico rumo ao mercado de trabalho, acumulam às tarefas profissionais o papel tradicionalmente desempenhado por suas mães na criação dos filhos. Entrevistas com diversas mulheres para a referida pesquisa indicam que o "stress" comumente verbalizado frente a essa situação ocorre devido ao fato de que, além de um acúmulo de tarefas, as mulheres, perseguem um acúmulo de ideais. Percebe nitidamente a autora que a maioria das entrevistadas não consegue afastar-se do estereótipo de mulher responsável por todas as tarefas domésticas, incluindo o cuidado com as crianças, conforme desempenho de suas próprias mães, ou seja, ideais e imagens maternos que se mantêm presentes.

Contrastando com essa vivência, grande parte dos homens entrevistados havia renunciado à idéia de ser chefe de família, ou cabeça de casal, com diferenças em relação aos pais de gerações anteriores. No entanto, por meio de identificações com o comportamento de suas mães, ainda atribuem à mulher a essência dos cuidados domésticos. No entendimento da autora, três causas seriam as principais responsáveis por reforçar a compreensão de uma mãe "todo-poderosa" (p.125) no cuidado dos filhos. A primeira configura-se no contexto social representado por instituições como hospitais e escolas, entre outros, que valorizam sempre a figura da mãe. Complementando esta observação, MAILAT (1996) aponta para o fato de que habitualmente as instituições que se responsabilizam pelo cuidado das crianças, como escolas e creches, são com freqüência feminilizadas, ou seja, os profissionais que trabalham nestas instituições são predominantemente do sexo feminino.

A segunda causa de atribuição, que HURSTEL denomina ideológica, concretiza-se quando se acena com a argumentação de que faz parte de um

componente inato das mulheres saber cuidar dos filhos - razão comumente evocada pelos homens, que, por identificação com o desempenho de suas mães no lar, atribuem à mulher um jeito mais apropriado, ou especial, para lidar com as crianças.

Por último, a autora identifica as causas legais que dão prevalência à mulher para o cuidado da prole e conferem aos pais um papel secundário. Tem-se assim a legislação reforçando o que nomeia (1996a, p.125) como "problemática identificatória", na medida em que as mudanças sociais, jurídicas e familiares presenciadas, principalmente nos últimos vinte anos, acarretam implicações não apenas quanto ao desempenho do "ser pai" como também ao que é transmitido do pai para o filho. Conclui a juíza CAZAUX (1995) que uma das funções dos especialistas é justamente explicar às distintas instituições a importância de se manter e incentivar essa dimensão paterna, noção fundamental a ser transmitida, inclusive aos futuros pais.

Pesquisa feita pelo Datafolha, em 1998, sobre a organização familiar brasileira e as variações pelas quais esta passou nos últimos anos, publicada no especial Família da *Folha de São Paulo* (20 set. 1998), aponta as mães atuais como um "faz tudo doméstico" (p.1) - figura vista como mais importante no cenário familiar, à qual todos recorrem constantemente, com presença marcante no dia-a-dia dos filhos, passando, desta forma, "de dona de casa a dona da casa" (p.1), conforme conclusão do levantamento realizado. Destaca a crescente importância das mães na instituição familiar, agora acumulando suas funções tradicionais às de provedora, muitas vezes com autonomia financeira. Buscaram a participação no espaço público, mas mantiveram sua soberania no contexto familiar. Quanto aos pais, estes dividem habitualmente com a mulher o sustento do lar, porém a grande maioria ainda não incorporou novas ocupações no âmbito doméstico, conduzindo à interpretação de que o modelo de pai atual estaria "desvalorizado" (p.9).

Retomando o pensamento de HURSTEL, muito claro configura-se o texto "Rôle Social et Fonction Psychologique du Père" (1996b), no qual a psicóloga define a função paterna como universal em seu objetivo de interditar a fusão mãe-bebê (p.11), quando então é permitido à criança ingressar na linguagem e na cultura. Mãe não é apenas um ventre; a mãe situa-se em relação à criança em uma estrutura de parentalidade, e na ordem simbólica da parentalidade há pai e mãe.

MAILAT (1996, p.110) chama a atenção para a definição etimológica de educar - "ex-ducere", conduzir ao exterior - objeto de interpretação do psicanalista Paul Denis, que definiu o pai como sendo o primeiro educador da criança, referindo-se ao exterior da relação dual mãe-bebê.

Privilegiando o entendimento da função simbólica do pai, depreende-se a necessidade de: o campo social garantir essa função; o lugar do pai ser definido, tanto quanto o da mãe, e os que assumem essa função terem voz e ação. Tais procedimentos inicialmente devem ser permitidos e incentivados pela mãe e corroborados pela instituição jurídica, quando a função de terceiro do pai deve ser perfeitamente designada. Caso contrário, defronta-se, em nível psicológico, com uma "regressão" no desenvolvimento do filho, pensando-se agora na forte relação inicial mãe-bebê que todos vivenciamos. Ressalta HURSTEL (1996b) que a discussão não deve ser reduzida à presença concreta dos pais, sendo importante a recusa de parte destes em aceitar que crianças digam respeito apenas às mães. O imenso poder das mães que detêm a guarda dos filhos não só contribui para que se mantenha a noção de "mãe todo-poderosa", como também para a diminuição (chegando algumas vezes à anulação) do direito do pai à palavra.

É preciso perceber com clareza que as mães não podem assumir o lugar dos pais ausentes. MOUNIER (1996) considera que a dimensão da paternidade é de suma importância para o desenvolvimento da subjetivação do ser humano. O lugar



Constata-se, mais uma vez, a importância da análise do lugar que a sociedade atribui ao pai separado de seus filhos, com a conseqüente definição dos direitos e dos deveres a ele atribuídos, conforme situa PAPAGEORGIUO-LEGENDRE (1995, p.100): "todo genitor tem o duplo *status* de pessoa concreta e de representante da função, em último lugar da função do interdito", esclarecendo a importância dos conceitos fornecidos culturalmente para a elaboração da noção de ser pai. Quando alguém é delegado para representar um lugar, explica LEGENDRE (1996), esta designação reúne tanto significados psicológicos quanto jurídicos. O nascimento dos filhos permite aos pais a permuta simbólica do lugar, a passagem de filho a pai. Não se pode desprezar ainda o fato de que, inicialmente, o nome está ligado a uma lei que define o interdito do incesto. No entanto, a designação da função paterna não se restringe ao pai biológico; pode ser o pai determinado pela legislação ou o companheiro da mãe. É fundamental, porém, que o homem queira assumir essa função e que a mãe da criança o permita.

Esta cultura do Direito Civil, como denomina LEGENDRE (1992), aponta para o fato de que o princípio genealógico é, em última instância, um princípio jurídico e, não, biológico. Mais uma vez, KOZICKI (1990, p.2) explica que "o pai e o filho são filhos de um discurso, o discurso jurídico". Recordando o adágio "mater certissima pater semper incertus", o autor chama a atenção para o fato de que, a partir do sistema jurídico edificado na nossa cultura, o matrimônio atribui ao homem uma "presunção da paternidade" (p.2). Por esta ótica toma-se fundamental a importância de como a legislação focalizará estas questões, ou seja, esta montagem dos lugares, esta definição de quem pode ser pai de quem, ou ainda, em que situações é necessário haver interdição. Para LEGENDRE (1992), humanizar significa estar referido aos que o inscrevem na cultura. Cabe, portanto, ao Judiciário assinalar para o sujeito que este não pode-se afastar do lugar que lhe é designado pelo Direito Civil

da filiação, posição esta que envolve obrigações e direitos. Na obra *El Inestimable Objeto de la Transmisión* (1996, p. 70), o autor explica que a confusão de lugares e de gerações pode ser assassina, na medida em que implica a pretensão da identidade impossível. Neste rumo CAZAUX (1995) identifica três representações como necessárias para que nasça a vida e não somente o corpo: a biológica, a psicológica e a institucional.

HURSTEL e THÉRY compartilham a preocupação quanto ao desenvolvimento da socialização da criança, que, para a sua individualização, necessita de parâmetros referentes à diferença entre sexos e entre gerações. Definem como uma das funções fundamentais da família esta inscrição da criança em um princípio genealógico, reconhecendo também que o afrontamento entre os membros da família dificulta a aquisição dessa referência cultural. O sujeito na cultura não pode estar referenciado a si mesmo ou, nas palavras de THÉRY (1996c, p.79), "ser auto-fundado". O conhecimento de sua inserção na corrente genealógica é essencial para seu desenvolvimento enquanto ser social. Esta preocupação parece relacionada à interrogação feita por GEORGE et PERDRIOLLE (1996), quando questionam se o lugar de cada pai, seus direitos e deveres são bem definidos para os filhos, após a separação conjugal.

## 2.2 - DAS CONVENÇÕES JURÍDICAS

Inserido no Direito Civil, o Direito de Família é concebido como Direito privado, tendo como objeto o matrimônio. No Direito de Família brasileiro, a Lei 6.515/77 "regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências". As questões

referentes à proteção da pessoa dos filhos são disciplinadas nos artigos 9 a 16 da mesma Lei.

Art. 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (artigo quarto), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos.

Art. 10 - Na separação judicial fundada no caput do artigo quinto <sup>14</sup> os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

Parágrafo primeiro: Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

Parágrafo segundo: Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art. 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art. 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Art. 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 14 - No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos artigos 10 e 13.

Art. 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art. 16 - As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos inválidos.

14 "Art. 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum."

"§ 1º - A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição."

"§ 2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável."

Explica BITTAR (1993) que as modalidades de divórcio estabelecidas na legislação brasileira de 1977 foram baseadas na francesa de 11/07/75, na alemã de 20/04/46 e na italiana de 1/12/70. A partir da influência francesa, dispõe-se no Brasil de quatro tipos de divórcio: o consensual e os litigiosos - estes podendo ser subdivididos em: divórcio por falta; divórcio-falência e divórcio-remédio. O divórcio por falta deve ser fundamentado em falta grave cometida por um dos cônjuges, tornando insuportável o convívio. O divórcio-falência refere-se à ruptura da vida conjugal há mais de cinco anos, e o divórcio-remédio pode ser solicitado quando da existência de enfermidade grave ou contagiosa de um dos cônjuges, há mais de cinco anos, cuja cura seja improvável, impedindo a continuidade da vida em comum. No divórcio consensual não existe necessidade de eleição de motivos como justificativa para o término do relacionamento conjugal, baseando-se simplesmente na impossibilidade da vida em comum. A Constituição de 1988, em seu artigo 226, §6º, estabelece que o casamento pode ser extinto pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, ou pela comprovada separação de fato por mais de dois anos. Ainda segundo o autor, as regras básicas da legislação brasileira com referência à guarda de filhos frente ao divórcio podem ser resumidas da seguinte forma: no divórcio por falta, os filhos devem permanecer com o cônjuge inocente; caso os dois sejam declarados culpados, os filhos devem permanecer com a mãe, a não ser que o juiz conclua que esta situação pode trazer-lhes prejuízo de ordem moral. No divórcio-falência ou por ruptura, os filhos devem ficar com o genitor com o qual permaneceram no período que antecedeu o divórcio. No divórcio-remédio está previsto que a guarda seja concedida ao cônjuge que tiver condições de assumi-la.

Conforme se pode observar, o art. 10 da Lei 6.515 associa ainda a noção de culpa - falta grave que resulta na separação matrimonial - à de cuidado dos filhos,

correlação esta abolida em outros países. MALHEIROS (1994) informa que a nossa jurisprudência atual remete a questão ao "melhor interesse da criança", definindo que os filhos devem permanecer com o genitor portador de melhor capacidade para educá-los. No entanto, WALD (1985), explicando a atribuição da guarda no Direito brasileiro, expõe sobre a coexistência das duas noções: "Vemos que o nosso Direito em matéria de guarda dos filhos menores atende aos dois princípios da culpabilidade e da inocência dos pais e do interesse superior dos filhos." (p.134)

Na visão de CASTRO (1998, p.220), apesar da noção atual de interesse da criança, as decisões do poder judiciário brasileiro "conduzem maciçamente para outorgar à mãe a guarda dos filhos comuns...", sendo que "salvo por motivos relevantes esta posição se modifica, de modo que a convivência do pai com os filhos comuns tem se mantido muito escassa, com graves conseqüências."

VILLENEUVE (1994) enfatiza que na França, até 11/07/75, utilizava-se a noção de divórcio por falta na referência à guarda. A partir dessa data a legislação estabelece o divórcio por consentimento mútuo. A idéia de falta persiste, porém suas conseqüências limitam-se aos direitos patrimoniais. Em 22 de julho de 1987, passa a fazer parte do Código Civil Francês a definição de exercício em comum da autoridade parental, quando os pais assim o desejarem. A lei de 8 de janeiro de 1993 determina o exercício conjunto da autoridade parental, em princípio, frente à separação conjugal, seguindo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Observa-se assim uma evolução legislativa que visa a separações menos conflituosas, além de uma presença mais incisiva de ambos os pais na educação das crianças.

O entendimento atual dessas regulamentações é de que o exercício da autoridade parental não deve estar relacionado à culpa no divórcio. Pode-se, por exemplo, ser "má esposa", mas uma "boa mãe de família". Dissociaram-se os papéis

de esposo e pai, considerando que falhas no comportamento de um cônjuge frente ao contrato matrimonial não deveriam ser deslocadas para a parentalidade. SAYN (1996) explica que agora se privilegia a situação da criança no contexto de separação de seus pais e não mais, exclusivamente, a situação do casal.

DOLTO(1989) atesta que o fato de uma criança tomar conhecimento de que o divórcio de seus pais ocorreu por culpa de um dos cônjuges (ou ser induzida a acreditar nisso) pode ser não somente falso, como inadequado ao bom desenvolvimento e ao relacionamento que a criança deve manter com seus pais, apesar de separados.

Da mesma forma o "abandono do lar" não é visto pela legislação francesa como impedimento para o exercício da autoridade parental - comportamento que pode ser interpretado de maneira diferenciada no Direito brasileiro, em função do artigo 11 da Lei 6.515. O entendimento do Direito francês refere-se ao fato de que esta pode ter sido uma atitude tomada pela pessoa para conseguir romper o matrimônio. No entanto, se ela deseja estabelecer um contato maior com os filhos, isto pode ser compreendido como benéfico para as crianças. VILLENEUVE (1994, p.51) apresenta sentença expedida pela Corte de Paris em 09/12/92, que decide pelo exercício em comum da autoridade parental de duas crianças de 13 e 16 anos, apesar do abandono do domicílio conjugal pelo pai e de seu aparente desinteresse pelas crianças, durante três anos. A argumentação utilizada é de que o interesse dos filhos deve sobrepor-se ao senso de reprovação ao pai, acrescentando-se que o desenvolvimento adequado dos menores requer decisões conjuntas, estabelecidas pelos dois genitores.

Alegar-se que a atribuição de culpa na separação de um casal está em desuso no Brasil não é suficiente. A legislação dispõe sobre este critério, possibilitando seja utilizado como argumento jurídico no decorrer dos processos de

separação. Mas CASTRO (1998) entende que relacionar a culpa pela dissolução do casamento a questões de guarda significa utilizar a criança como instrumento de prêmio ou punição.

Alguns juristas esclarecem que, apesar de a legislação brasileira atribuir a guarda dos filhos a um dos cônjuges após a separação, o outro não perde o "pátrio poder". No entanto, a partir das pesquisas para a dissertação de mestrado, observou-se que habitualmente a guarda concedida a um dos pais pode contribuir por afastar o genitor descontínuo<sup>15</sup> das decisões que visam à educação e ao cuidado dos filhos, conforme explicações de juristas entrevistados.<sup>16</sup>

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança visa a um compromisso definitivo na defesa dos direitos da criança e do adolescente e define, em seu artigo 9º, a seguir transcrito, como um dos direitos essenciais da criança o de ser educada pelos pais<sup>17</sup>, expondo ainda no artigo 18 a responsabilidade dos pais perante seus filhos. Estes artigos podem ser resumidos da seguinte forma, de acordo com os *Cadernos Populares da Pastoral do Menor* (1989):

**Art. 9º- Separação da Família:**

É direito da criança ser cuidada pelos pais, exceto quando o interesse da criança torne necessária a separação. A criança separada da família tem o direito de manter contato direto com os pais. Se foi o Estado que promoveu esta separação, ele será responsável por garantir seus direitos, e possibilitar revisão no processo.

15 Terminologia utilizada por DOLTO (1989).

16 "O pior é a neurose das pessoas. O genitor que detém a guarda coloca ódio nas crianças em relação ao outro."

"As pessoas precisam entender que não são mais marido e mulher, mas continuam a ser pais dos mesmos filhos." (BRITO, 1993, p.93)

17 "A Convenção dos Direitos da Criança é um instrumento jurídico. Os países que a assinarem serão obrigados a adaptar suas legislações às normas da Convenção e apresentar periodicamente um relatório sobre a aplicação da mesma." (Cadernos Populares da Pastoral do Menor, nº 8, 1989)

**Art. 18 - Responsabilidade dos pais:**

Os pais têm responsabilidade primária na criação de seus filhos, sendo que o Estado deve apoiá-los nesta tarefa.

Estabelece também o direito de opinião, assim como a liberdade de expressão e informação.

**Art. 12 Liberdade de Opinião:**

A criança tem direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que lhe digam respeito, e esta deve ser levada em conta.

A criança será ouvida quando envolvida em processo judicial ou administrativo.

**Art. 13 Liberdade de Expressão e Informação:**

Toda criança tem direito à liberdade de expressão e de obter informações. Esse direito pode ser restringido para assegurar o respeito e proteção dos direitos individuais e políticos dos outros.

Para cumprir as disposições da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que prioriza o direito de esta manter contato estreito com seus genitores, notadamente pelos artigos 9º e 18, a França adotou em 08/01/93 uma legislação que estabelece o exercício conjunto da autoridade parental, em princípio. Define-se assim o entendimento sobre a indissolubilidade da filiação, desvinculando-se também a autoridade parental da fixação da residência da criança. Atribui-se ainda o direito de ser ouvida em juízo, sozinha ou assistida, a toda criança capaz de discernimento. Prevê-se também que o pai que não habita com a criança não pode deixar de cumprir a visitação, a não ser que existam fortes motivos para isto. Ao mesmo tempo, as crianças não podem ser impedidas de encontrar os pais que não residam com elas ou de telefonar-lhes (VILLENEUVE, 1994).

Uma das dificuldades na separação, quando o casal possui filhos, é o



paradoxo de um cônjuge querer desligar-se do outro, do qual na verdade não se poderá desprender totalmente, dada a parentalidade comum. Acredita-se, porém, que, mesmo após o término de uma relação, as pessoas devam ser capazes de manter o diálogo no que diz respeito a sua prole, a fim de assegurar-lhe a continuidade das funções paternas. Entende-se também que as regras jurídicas devem explicitar esta expectativa.

Na Suécia a guarda conjunta foi introduzida juridicamente como uma possibilidade há mais de vinte anos, definindo-se que o conceito de guarda abrange todas as questões relativas à pessoa da criança. Justifica-se tal alteração a partir do argumento de que a possibilidade de compartilhar a guarda com o pai que não vive com o filho pode permitir reforçar os sentimentos de responsabilidade deste junto a seu descendente. A importância de uma criança ter boas relações com seus dois pais conduz ainda os juristas suecos ao entendimento de que o direito ou, como foi depois defendido, o dever de visita é oficialmente uma limitação atribuída ao pai que não detém a guarda.

"A possibilidade de atribuir a guarda exclusiva a um dos pais será julgada pelo tribunal, somente se um dos genitores a pede ou se o tribunal tem razões especiais de crer que a guarda conjunta depois do divórcio é contrária ao interesse da criança." (AGELL, 1992, p.284)

Na França, em Direito de Família não se utiliza mais o termo "guarda", substituído por "exercício da autoridade parental". Ainda segundo VILLENEUVE, retirou-se da legislação uma palavra que gerava muitos conflitos, já que o pai que possuía a guarda era considerado como o detentor de todos os direitos sobre as crianças. Vislumbra-se que, a partir de um vocabulário novo, novas atitudes possam surgir.

Não se pode desprezar o fato de que, na sociedade ocidental, os primeiros estudos sobre a relação materno-infantil indicavam serem as mulheres portadoras do instinto materno, justificando-se assim a concessão de guarda às mães, em caráter prioritário. Cabia ao pai, portanto, apenas o sustento financeiro da família. BADINTER (1997/98) insistentemente tem abordado em seus trabalhos esta crença, por longo tempo sustentada, da predisposição natural das mães para cuidar dos filhos. Definia-se que só a expressão do amor materno saberia dosar os cuidados e carinhos necessários ao adequado desenvolvimento infantil. Contrapondo-se a tais concepções biologicamente determinadas, VICENTE (In: KALOUSTIAN, 1994) expõe, em artigo intitulado "O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo", a importância que se atribui na atualidade aos laços emocionais que passam a ser estabelecidos no cotidiano entre pais e filhos. Refere-se ainda a autora ao significado do nascimento da criança para seus genitores, na medida em que neste momento seus pais nascem na condição de pai e mãe, papel este que aprendem a desempenhar. Esta argumentação pode ser ilustrada através do filme *Kolya, uma lição de amor* (Jan Sverák, 1995), em que um músico se casa por conveniência, vendo-se obrigado a cuidar sozinho do filho de sua mulher, uma criança de cinco anos, cuja data de nascimento e idioma materno ele desconhecia.

Transpondo-se esta noção ao comportamento expresso pelos denominados "pais de fim-de-semana", pode-se suspeitar que esta condição de pai a que se refere VICENTE pode ser enfraquecida, na medida em que a educação da criança passa a ser encaminhada prioritariamente pelo genitor responsável pela guarda. GEORGE e PERDRIOLLE (1996) observam constantemente, enquanto juízas, que a participação do pai no processo educativo muitas vezes está condicionada à permissão da genitora da criança. Conseqüentemente MUZIO (1998) defende a necessidade de se "redimensionar o papel do pai", já que o conteúdo das disposições legais pode

"conspirar contra uma paternidade responsável" (p. 167).

Percebe-se que os estudos das ciências humanas parecem influenciar tais discussões em outros países, sugerindo inicialmente que o encaminhamento jurídico, no Brasil, das questões aqui analisadas ainda pode ser determinado por questões predominantemente de cunho moral, como a atribuição da culpa.

### 3 - MUDANÇAS NO TEMPO HISTÓRICO

Vivencia-se atualmente uma diversificação nas representações do conceito de família <sup>18</sup>, um conjunto de evoluções que revela antes de tudo uma mudança histórico-cultural. Parte-se da premissa de que as tradições históricas e culturais de uma sociedade estão implicadas diretamente no respectivo Direito de Família. A diminuição acentuada do número de famílias nucleares, conforme estatísticas do I.B.G.E., traz para a legislação a necessidade de adequação, como explica WALD: "... o direito de família é local e as suas reformas têm um caráter menos técnico e implicam em modificação de uma escala de valores, e algumas vezes da ideologia dominante" (1985, p.5).

Em análise das novas tendências no Direito de Família, a professora de Direito Civil Heloísa Helena Barbosa (1994) esclarece que, nesta área, as normas jurídicas são fortemente influenciadas pelos conteúdos sociais, assinalando a importância de o "jurista aprofundar-se na realidade social para extrair daí as respostas necessárias para determinar os verdadeiros conteúdos da norma" (p. 232).

---

<sup>18</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabelece no artigo 226, § 3º e 4º, o reconhecimento dessas novas formas de união conjugal, como família.

"§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

"§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

No Brasil, observa-se que as discussões em torno da guarda de filhos têm sido predominantemente de caráter jurídico, apesar de diversos juristas sinalizarem sobre a impossibilidade de um enfoque unilateral a respeito de situações tão complexas. Preocupações relacionadas ao crescimento do número de separações conjugais e suas implicações no desenvolvimento infantil não se restringem à sociedade brasileira; fazem parte do período histórico que atravessamos.

Buscam-se, também na história, explicações para o entendimento do que se passa atualmente no país, quando se percebe uma certa descaracterização dos preceitos estabelecidos pela legislação internacional. Concorde-se com VICENTE (In: KALOUSTIAN, 1994, p.48) quando a pesquisadora afirma.

"A criança inicia sua história dentro da história de sua família, de sua comunidade, e de sua nação. Mais amplamente, ela participará de um período da história dos homens. Será marcada e afetada pelas diversas dimensões de seu tempo."

### 3.1 - SOBRE AS REGRAS CONJUGAIS

MESLEM (1992) retorna à época do antigo regime francês, lembrando que naquele contexto o papel do homem perante a união conjugal era do "pater familias", posição que lhe atribuía toda a autoridade sobre a família e o casal. À mulher não era permitido tomar qualquer decisão ou iniciativa. Na relação do público com o privado, também cabia ao pai representar o exercício do poder político e legal. "A supremacia masculina era culturalmente reforçada pela religião, o ensino e a política." (p.62)

Sabe-se que inicialmente as regras sobre o matrimônio eram ditadas exclusivamente pela Igreja. O casamento civil foi instituído na França em 1767, quando, gradativamente, ao poder civil foi sendo atribuída competência sobre a legislação relativa ao casamento e seus efeitos, sem prejuízo, no entanto, do casamento religioso. No decorrer do tempo, diversos foram os fatores que contribuíram para mudanças nesse contexto como: a revolução industrial, que ocasionou a migração de famílias para o espaço urbano, e o movimento médico-higienista, como bem explica DONZELOT (1986), com referência à organização da família nuclear.

No Brasil, a partir do século XIX, as razões higiênicas já propagadas por médicos a partir do século XVIII, na Europa, contribuíram para o desenvolvimento de novas regras nas relações entre pais e filhos, impondo aos genitores obrigações no cuidado das crianças, funções até então exercidas pelas amas ou nutrizes. Os especialistas alertavam constantemente os pais sobre problemas de conduta ou de saúde, que poderiam ocorrer devido a cuidados não-satisfatórios com as crianças. O compromisso essencial - denominado higiênico - do casal passou a ser com os filhos. Iniciou-se nesse período uma ligação estreita entre o médico e o núcleo familiar, surgindo a figura do médico de família, que concedeu à mulher burguesa um novo papel na esfera doméstica, como sua aliada (DONZELOT, 1986). Sintonizada, porém, com o pensamento das Ciências Sociais da época, a sociedade atribuiu às leis naturais o papel social inferior da mulher em relação ao homem. Destinava-se a esta um papel recatado no ambiente privado, devendo obediência ao marido, modelo que naturalmente influenciou os estatutos jurídicos. Cabia também ao pai a subsistência material da criança, sendo a mãe responsável pela educação. Como ressalta a historiadora Gizlene Neder (In: KALOUSTIAN, 1994, p.31): "Aí está o perfil da mulher-suporte, que os positivistas brasileiros do início do século talharam como modelo

para o 'novo' Brasil."

Não se pode desprezar o fato de que a Medicina Higiênica se estabeleceu aqui juntamente com a implantação do Estado Nacional, quando se necessitava de parâmetros jurídicos diferentes dos utilizados na época colonial, em que o transplante do Direito português fora inevitável. Ressalta COSTA (1989) que, em nosso país, os preceitos dessa Medicina não foram constituídos a partir de uma atualização do higienismo europeu, já que constituíam também preocupação política. Segundo os higienistas, o casamento deveria ser estabelecido a partir do amor demonstrado pelos cônjuges, abandonando-se as motivações econômicas e sociais predominantes na época colonial.

A grande influência religiosa frente às regras matrimoniais foi incorporada em Portugal pelas Ordenações Filipinas (1603), que absorveram as Ordenações do Concílio de Trento (1532-1563). A República Portuguesa de 1910 instaurou, no entanto, o casamento civil e o divórcio, produtos do afastamento entre o Estado e a Igreja Católica. No período Salazarista, precisamente em 1939, foram reatadas as relações com o Vaticano, reforçando-se o valor do casamento religioso e deslocando-se o casamento civil para o "status" de opcional. O divórcio, porém, não era permitido aos que se casavam na Igreja Católica, segundo DITTIGEN (1997). Tais questões só puderam ser revistas após o final da ditadura de Salazar, quando um decreto-lei editado em 1975 e, logo após, a Constituição Portuguesa de 1976 reafirmaram a igualdade de todos perante a lei, interpretando que o divórcio é um direito de qualquer cidadão. Explica também DITTIGEN (1997) que, dentre as razões para a instauração do casamento civil, nos países com tradição católica, encontrava-se o divórcio.

O projeto republicano brasileiro, inspirado no positivismo de Augusto Comte, foi responsável pela implantação da legislação civil nacional a ser aplicada ao

casamento dos não-católicos. Até aquela época, cabia à Igreja Católica a autoridade absoluta no que se referia ao casamento, incluindo-se a celebração e a averiguação de sua nulidade. Sendo o matrimônio entendido como um sacramento, a Igreja opõe-se a sua dissolução, argumentando que os homens não podem separar o que Deus uniu.

O Decreto 181, de 1890, de autoria de Ruy Barbosa, determinou como válido apenas o casamento realizado perante autoridades civis, permitindo, porém, a separação de corpos com justa causa, apesar da indissolubilidade do matrimônio. Em 1916, publicou-se o Código Civil Brasileiro, que atribuiu o termo *família* à união legalmente constituída pela via do casamento civil, não admitindo, contudo, a dissolução deste. Estabeleceu no contrato conjugal as obrigações do marido e da mulher, as quais definiram basicamente os papéis sociais de cada cônjuge perante o casamento e a sociedade. As crianças passaram a ter um papel diferenciado, vistas como seres em evolução, que necessitam de cuidados especiais por parte da família. Conseqüentemente, a renda familiar também passou a ser empregada de forma distinta. A partir de então, os recursos financeiros deveriam ser aplicados prioritariamente na educação e na saúde dos filhos.

ALMEIDA (1987, p.57) esclarece, entretanto, que, apesar dos esforços do movimento higienista, no Brasil a mentalidade continuava estruturada sobre o patriarcalismo, já que a família nuclear burguesa era moldada a partir da família rural que chegou às grandes cidades e, não, a partir de uma classe burguesa industrial ou comercial, conforme ocorreu em outros países.

Apesar das modificações de caráter social introduzidas no País pela República, como a organização da denominada "nova família", tendo por base a família nuclear (COSTA, p.1989), o Código Civil manteve os processos do direito canônico, assim como a posição patriarcal do marido, de cuja autorização a mulher



dependia para exercer uma profissão.

A família nuclear urbana sofreu significativas mudanças quando a mulher começou a ingressar no mercado de trabalho. Situação multideterminada - seja pelos escassos recursos provenientes do salário do marido, seja pela necessidade de mão-de-obra ou, ainda, por fatores específicos em certos países, como a Segunda Guerra Mundial -, fato é que a mulher buscou aprimorar sua educação, além de reduzir o gasto de tempo com as atividades domésticas. Como argumenta PERROT (1993, p.81), as mudanças presenciadas na família do século XX não têm como objetivo a destruição do "ninho", ou seja, o lugar de acolhimento, afeto e proteção que a família deve representar. Contrariamente, percebe-se que os que compõem a família do século XX não aceitam mais o "nó" ou o enquadre e as regras rígidas a que eram submetidos os do século XIX.

PEREIRA (1995, p.117) expõe que, "para o Direito, o conceito de família esteve sempre ligado a dois elementos fundamentais: consangüinidade e casamento formal e solene", elementos estes não mais encontrados em todas as famílias.

Somente em 1977 o divórcio passou a fazer parte da legislação brasileira. Até então era permitida apenas a separação conjugal por meio do desquite, que não previa a ruptura do vínculo matrimonial entre os cônjuges. Após esse ano, passaram a existir duas possibilidades quanto à dissolução do casamento: a separação e o divórcio, preferencialmente em etapas progressivas, ou seja, de início a separação, mais tarde formalizada pelo divórcio.

MARTIAL (1995) chama a atenção para o fato de que a alteração no significado social do divórcio, agora bem mais aceito, modificou também o papel do pai não-guardião. Em épocas anteriores, considerava-se o divórcio, ou separação, como um fato pouco comum. Nestes casos era habitual a mãe permanecer com a guarda dos filhos, afastando-se o pai totalmente destes. Em caso de uma nova união

dessa mãe, era comum que seu novo companheiro assumisse, na íntegra, o lugar paterno. Atualmente há não só um grande número de pais divorciados, como também a coexistência, algumas vezes, das figuras dos novos companheiros da mãe e do pai na vida da criança - situação retratada na matéria de capa da revista *Veja* (17 mar. 1999), sob o título "Unidos pelo divórcio. Como se relacionam pais e filhos nos 14 milhões de famílias brasileiras formadas por segundos e terceiros casamentos." Portanto, se até há algum tempo ser pai era sinônimo de provedor, hoje começa-se a constatar uma alteração significativa neste papel, quando muitos homens desejam um relacionamento mais caloroso com seus filhos, buscando a participação no processo educativo.

### 3.2 - SÍNTESE CRONOLÓGICA DE ESTUDOS SOBRE FAMÍLIA E PAPÉIS PARENTAIS

DUMON (1992) destaca como de suma importância os estudos demográficos, já que estes são normalmente os primeiros a apontar alterações no contexto familiar. Situa que, da formação da família nuclear até 1950, o entendimento sobre o que é uma família era claro, em uma sociedade na qual às mulheres cabia o cuidado e a educação dos filhos, e aos homens, o sustento financeiro. A partir desta ótica, as pesquisas passaram a se preocupar basicamente com as funções familiares frente ao contexto social - sua organização interna, assim como os papéis, visivelmente diferenciados segundo a idade e o sexo, desempenhados pelos respectivos membros. Podemos aqui acrescentar o trabalho de PONJAERT-KRISTOFFERSEN

(1992), que, ao analisar o papel do pai no contexto familiar, aponta que, na década de 50, o pai era retratado por psicólogos pesquisadores como uma figura distante, cuja importância era ressaltada apenas no estudo do complexo de Édipo. Para MUZIO (1998), as conclusões psicanalíticas da época reforçavam a importância do papel da mãe nos primeiros anos do desenvolvimento da criança, desprezando a figura paterna. Recorda a autora alguns estudos de Melanie Klein (1932) e WINNICOT (1960), que privilegiam a importância de um relacionamento firme e saudável entre mãe e filho, objetivando um adequado desenvolvimento infantil. Do pai "onipresente", como denomina ENRIQUEZ (1996, p.130), passou-se à visão de que o relacionamento da criança com a mãe seria fundamental para a evolução infantil. BADINTER (1997/98, p. 13) aponta que a expressão do amor paterno era distanciada, justificada até para não declinar do lugar de representante da lei.

Acrescenta PONJAERT-KRISTOFFERSEN (1992) que, a partir dos anos 60, as pesquisas convergiram para o estudo do "pai ausente". Destaca, porém, que a metodologia predominante nesse período eram os questionários respondidos pelas esposas, quando, partindo-se da ausência do pai, tentava-se avaliar a influência deste comportamento frente ao desenvolvimento de seus filhos. MUZIO (1998) complementa que os estudos sobre o "pai ausente" geralmente relacionavam esta situação a patologias ou inaptações apresentadas pelos filhos. Aponta Erich Fromm como um dos autores a defender a idéia de que, depois de uma certa idade, a figura do pai torna-se essencial ao filho: "depois dos seis anos, segundo este autor, a criança começa a necessitar do amor do pai, sua autoridade, e sua orientação" (MUZIO, 1998, p.169).

SKOLNICK (1992), avaliando estudos sobre os efeitos da ausência do pai no desenvolvimento dos filhos, sustenta que tais pesquisas continuam sumamente atuais.

Averiguando a diversidade das pesquisas sociológicas sobre o tema, DUMON (1992) atesta que nos anos 70 o enfoque centrou-se sobre a decadência da família enquanto instituição, a partir da constatação do grande número de pessoas que passaram a residir juntas, sem oficializar a união.

Parece unânime também entre pesquisadores a visão de que a teoria psicanalítica contribuiu para novos entendimentos da vida familiar, perante as Ciências Humanas. Se anteriormente a preocupação girava em torno dos prejuízos causados às crianças pela separação dos pais, agora chamam a atenção as dificuldades vivenciadas por aquelas que presenciam tensões e desavenças dos genitores, em função de casamentos conflituosos. Problemas emocionais começam a ser identificados nas crianças como sintomas de disfunções familiares e da educação. Em decorrência, orientam-se os pais sobre a importância de se aproximarem dos filhos para um adequado desenvolvimento infantil.

No Brasil os discursos e práticas da psicanálise despontaram principalmente após a década de 60, quando os valores morais eram vistos como mais estáveis (FIGUEIRA, 1986). A partir dessa década, passou-se a dar maior valor às diferenças pessoais, à livre opção, além de valores que equiparam o homem e a mulher. Seguindo-se a orientação de DUMON com referência à importância dos dados demográficos, retoma-se o trabalho de PETRUCELLI (In: KALOUSTIAN, p.1994), que aponta o aumento do número de uniões sem registro legal a partir do final dos anos 60 no Brasil, especialmente na camada média da sociedade, como uma variação do significado atribuído ao casamento.

Retornando a PONJAERT-KRISTOFFERSEN (1992, p.102), colhe-se a informação de que, no final dos anos 70 e início dos 80, a importância do pai e da mãe no desenvolvimento infantil passou a ser analisada pela Psicologia privilegiando-se três eixos: "o relacionamento afetivo do pai frente ao

desenvolvimento do filho; as diferenças da relação mãe-filho, pai-filho; as semelhanças no papel de pai e mãe". Situa como sendo este o momento em que se descreve a simetria na importância do relacionamento do pai e da mãe com os filhos. As pesquisas da época apontam, ainda, que um relacionamento repleto de animosidades entre os genitores pode ser mais nefasto para os filhos do que a ausência de um deles.

WALLERSTEIN et KELLY (1998), partindo do entendimento de que o divórcio é um processo que abarca uma série de alterações no cotidiano dos membros da família - mudanças estas que podem demandar vários anos para se conseguir alguma estabilidade -, realizaram um estudo longitudinal com sessenta casais que estavam-se divorciando e respectivos filhos. O trabalho, desenvolvido na Califórnia no período de 1971 a 1977 (quando se ofereceu também aos participantes aconselhamento psicológico), foi publicado originalmente em 1996 e lançado no Brasil em 1998, com o título *Sobrevivendo à Separação*. Avaliam as pesquisadoras que o projeto não possui equivalente nos Estados Unidos nem na Europa, visto que o número de pesquisas sobre o tema ainda é "perigosamente baixo" (p.15) se comparado ao crescimento vertiginoso das taxas de divórcio. Conseqüentemente, as dificuldades vivenciadas por essas famílias podem não estar sendo suficientemente compreendidas ou analisadas. A metodologia de estudo longitudinal permitiu a avaliação da experiência vivenciada pelos membros da família logo após o divórcio, assim como das alterações ocorridas ao longo do tempo e suas conseqüências.

Surpreendendo a orientação de que um casamento conflituoso pode ser mais desgastante para os filhos do que a separação, "a esmagadora maioria das crianças preferia o casamento infeliz dos pais ao divórcio" (p.20), ou seja, mesmo presenciando as dificuldades de relacionamento dos pais no decorrer do casamento, davam preferência a que não se separassem, conforme constataram as autoras.

No âmbito da Sociologia, DUMON (1992, p.29) acrescenta que os anos 80 foram responsáveis por diversos estudos sobre os denominados "novos pais", produto direto das mudanças originadas nos anos 60/70 - com grande número de mulheres inseridas no mercado de trabalho -, bem como da visão de igualdade dos cônjuges, quando a família passou a ser denominada "simétrica". Conseqüentemente, lembra-nos MUZIO (1998), os papéis masculinos e femininos, frente ao cuidado infantil, passaram a dispor de um perfil mais próximo. As atribuições de cada gênero, até então rigidamente estabelecidas na sociedade, passaram a ser desempenhadas pelos dois genitores. Como ilustração cabe recordar que o Novo Código de Família Sueco, promulgado em 1988, em acordo com esta perspectiva de simetria dos papéis dos cônjuges, dispõe, no Primeiro Capítulo "como uma regra de conduta para os esposos que eles devem juntos tomar conta do lar e das crianças e que devem dividir as tarefas e despesas domésticas" (AGELL, 1992, p.277).

A inserção crescente da mulher no espaço público acarretou a necessidade de introjeção de novos padrões comportamentais. A responsabilidade, porém, pelo bom funcionamento do espaço privado do lar dificulta muitas vezes o abandono de pautas de conduta tidas como ultrapassadas, situação comum em diversos países (MESLEM, 1992; DUMON, 1992), revelando dificuldades na definição do papel dessa "nova esposa", com funções agora adicionadas às que já lhe cabiam. A interrogação constante sobre a maneira de conciliar a responsabilidade familiar com as profissionais ou "a casa e a rua", utilizando expressão de DA MATTA (1985), parece comum ao gênero feminino.

Analisando resultados de pesquisas empreendidas pelo Instituto Australiano de Estudos sobre a Família, no final da década de 80, EDGAR (1992) aponta para o novo lugar que vem ocupando a figura paterna no ambiente doméstico naquele país.

Observa que, quando a mulher trabalha por meio expediente ou não exerce atividade fora do lar, o homem realiza poucas tarefas domésticas, limitando-se ao papel de colaborador eventual. Entretanto, quando a mulher trabalha em regime de tempo integral, há uma divisão mais equilibrada de tarefas domésticas e de outras atividades, como brincar com as crianças ou levá-las ao médico ou ao dentista. Concluem ainda tais pesquisas que perto de 90% dos homens e mulheres entrevistados, na faixa de 28 a 44 anos, consideram que "o homem deveria dividir igualmente os cuidados prestados aos filhos com a esposa" (p.111). WALLERSTEIN e KELLY (1998) constataram que, apesar da discórdia existente entre os casais antes de consumado o divórcio, eles eram capazes de cooperar no atendimento aos filhos. Estes pesquisadores averiguaram também que a metade das crianças era atendida em suas necessidades por ambos os pais, o que causou surpresa aos entrevistadores, na medida em que perceberam que, apesar do mau relacionamento conjugal, muitos pais compartilhavam adequadamente o cuidado com a prole.

EDGAR (1992) também aponta a necessidade de as estruturas de trabalho adaptarem-se a esses novos papéis. As empresas, por exemplo, deveriam aceitar e permitir que os genitores faltassem ao emprego quando seus filhos adoecessem, concessão normalmente conferida apenas à mulher. Constatação da mesma ordem é feita por BOEYKENS (1992), que ressalta o quanto ainda são restritas as medidas político-sociais que visam a uma participação maior do homem no contexto familiar. Seguindo esta argumentação, DZIOBON discorre no artigo "Genre, inégalité et limites du droit" (1997) sobre o "efeito educativo do Direito como instrumento de engenharia social" (p.278) com referência à questão da igualdade entre homens e mulheres no que tange às implicações trabalhistas. A autora questiona o valor social atribuído às mulheres que se dedicam aos cuidados dos filhos ou aos idosos, em contraposição às que participam ativamente da vida econômica da sociedade. Na visão de

igualdade entre os sexos, a norma passa a ser a do trabalho fora de casa; as legislações trabalhistas que interpretam as tarefas domésticas e os cuidados com os filhos como atribuições também masculinas são escassas, já que socialmente o trabalho continua a ser entendido como atividade desenvolvida no contexto externo ao lar. Neste sentido, revelador pode ser o depoimento apresentado em matéria editada por um jornal carioca (*Jornal do Brasil*, 9 maio 1998), que aborda este dado a partir do exemplo de um casal com uma filha de dois anos. Ambos os cônjuges trabalham em uma mesma empresa, mas, indignados, afirmam que sempre que existe algum problema com a filha, a firma só aceita que a mãe falte ao trabalho, mesmo que os compromissos agendados por ela para aquele dia sejam mais importantes que os do marido. Útil parece ser o questionamento empregado por MATHIS (1992), quando interroga se a grande consagração aos direitos das crianças, proclamada a partir da Convenção, pode realmente ser efetivada enquanto perdurar o entendimento, em nossa sociedade, de que cuidar de crianças é função subalterna. Um olhar para revistas dedicadas ao público masculino e as que têm como alvo preferencial o gênero feminino revela que dificilmente iremos deparar-nos com matérias sobre cuidados dos filhos, dificuldades no cotidiano familiar com as crianças ou problemas escolares, em revistas reconhecidas como predominantemente masculinas. Pode-se perceber mais uma vez a influência da denominada "ancoragem social", descrita por HURSTEL (1989) na construção das subjetividades. Como no exemplo anteriormente citado, torna-se evidente o respaldo que as questões públicas trabalhistas devem dispensar à matéria.

Na seqüência cronológica, DUMON (1992, p.29) descreve que, no início dos anos 90, desponta o pensamento de que a família não está extinta e, sim, mais complexa: "no lugar de alternativas à família, assiste-se a emergência de uma família alternativa". Esclarece ainda que estudos sobre famílias reconstituídas tornam-se de



suma importância nos países europeus, já que esta é a realidade de muitos casais. Percebe que pais ou mães separados, quando constituem nova família, inserem seus filhos em um relacionamento que é diferente, por exemplo, do que se observa quando um cônjuge viúvo casa-se novamente. Em caso de viuvez, o novo parceiro assume o papel de madrasta ou padrasto. Na família reconstituída, este novo parceiro não vai substituir o pai ou a mãe das crianças, já que estes não morreram.

Contrapõe DUMON que, enquanto os estudos sociológicos da década de 50 dirigiam-se à unidade familiar, atualmente privilegia-se o entendimento sobre a criança no contexto familiar. Passa-se assim de estudos que enfocavam preferencialmente "as diferenças entre famílias, às diferenças dentro da própria família" (p.30). Define a família atual como uma rede servindo de suporte a seus membros (p.32), sendo necessária a análise não apenas de sua organização interna, mas também de sua interface com a sociedade. Neste sentido o autor estende sua análise aos processos de divórcio, concluindo ser a guarda conjunta de filhos de pais separados uma vertente de manutenção deste suporte. Demonstra, desta forma, a preocupação da sociedade com referência às questões sociais e emocionais decorrentes do divórcio e, não, apenas econômicas, representadas pela pensão alimentícia.

PONJAERT-KRISTOFFERSEN percebe como necessário um aprofundamento nas investigações psicológicas sobre o papel do pai. Seu entendimento é de que, até o momento, esta disciplina não foi capaz de detalhar a importância do papel do genitor do sexo masculino frente ao desenvolvimento das crianças, apontando a inconsistência metodológica de tais pesquisas. Na avaliação de SKOLNICK (1992), passamos atualmente por um período transitório, no qual coexistem diferentes modelos simultâneos de paternidade, enfocados por estudos diversos. BADINTER (1997/98) conclui que a decadência do sistema patriarcal conduz à necessidade de

se repensar no pai, citação que pode ser conjugada à visão de ENRIQUEZ (1996), segundo o qual a revolta contra o pai arbitrário, autoritário não deve conduzir à ausência de pai. Na visão de MUZIO (1998), os estudos sobre os papéis maternos e paternos são fortemente influenciados pela visão ideológica, que define modelos culturais. Já HURSTEL (1987, p.172) justifica que os ordenamentos jurídicos atuais mostram que passamos de "um direito de paternidade sobre a criança, àquele do direito de filiação da criança."

### 3.3 - SOBRE OS DENOMINADOS "NOVOS PAIS"

KNAEBEL (1996) nos lembra que, gramaticalmente, *pai* tem seu significado relacionado a alguém: *ser pai de*, o que implica algo mais complexo do que uma ligação entre dois seres. São, na verdade, dois seres relacionados, ligação esta que não precisa ser lembrada a cada momento, já que é inerente aos lugares ocupados no âmbito familiar. Para o autor, o reconhecimento inicial de um pai deve ser o de situar-se na cronologia que permite identificar sua posição e a de seus descendentes, respectivamente, para então poder arcar com os denominados deveres paternos de educação e cuidados, entre outros.

Ao discorrer sobre as transformações perceptíveis no desempenho dos papéis parentais, SKOLNICK (1992) elege como objeto de estudo artigos de periódicos, que retratam dados colhidos no recenseamento demográfico americano, realizado no decorrer da década de 80, segundo o qual um em cada seis lares monoparentais é de responsabilidade masculina. Tais matérias também citam

resultados de pesquisas empreendidas pela Universidade de Stanford com mais de mil famílias em processo de divórcio, dentre as quais "um quinto das crianças divide eqüitativamente o tempo entre o pai e a mãe" (p.75). Acrescenta a autora que, ainda na década de 80, diversas foram as matérias publicadas na imprensa americana, além de programas de televisão, abordando questões relativas ao exercício da paternidade, como a reportagem do *USA Today*, em 1984, sobre os "super-pais", descrevendo a mudança de comportamento dos pais atuais e o maior comprometimento destes no dia-a-dia com os filhos. De grande influência, também, foi o programa de televisão apresentado pelo ator Bill Cosby, que obteve considerável popularidade ao interpretar o papel deste "novo pai". Em contraposição, esclarece a autora, são inúmeros os artigos que apontam para a grande quantidade de pais que, após o divórcio, desaparece da vida de seus filhos, faltando, inclusive, com o cumprimento da pensão alimentar, o que vem obrigando o Estado a promulgar leis mais rígidas a respeito.

KNAEBEL (1996) descreve que, para a criança, pai e mãe se complementam. Hoje em dia, ambos têm que dividir, efetivamente, as tarefas domésticas, fato que coloca o pai atual entre o próprio pai - muitas vezes visto como um homem severo, que exercia seus poderes em relação à esposa e filhos - e a esposa moderna, agora emancipada, ocupando funções públicas. O autor considera este momento tão difícil para o pai atual que muitos chegam a crer seja mais fácil omitir-se ou não se fazer presente.

Sustenta SKOLNICK (1992) que alguns pais acabam por desaparecer da vida dos filhos por não suportarem os constantes desentendimentos com as ex-esposas, além de não se conformarem com o papel de pais de fim-de-semana. No entanto, sofrem muito com toda a situação, chegando algumas vezes a desenvolver comportamentos depressivos, dado que mais uma vez aponta para a necessidade do

desenvolvimento de políticas e legislações que assegurem "a continuidade da implicação do pai não-guardião, depois do divórcio." (p.84). MOUNIER (1996) assegura que o pai só pode exercer sua função e ocupar seu lugar, se a mãe da criança o reconhece como tal e lhe dá essa permissão. Refere que, enquanto alguns pais precisam contentar-se com o pequeno espaço deixado para eles por certas mães, outros nem se preocupam em ocupá-lo. Defende ainda o autor a necessidade de se ampliar essa abertura, com a ressalva de que isto não deverá significar um reforço da imagem de mais forte ou autoritário.

Buscando examinar a categoria denominada, principalmente pela mídia, "novos pais", com referência aos genitores que se engajam efetivamente nos cuidados do dia-a-dia com os filhos, HURSTEL (1985) empreendeu pesquisa com quinze casais jovens, visando a avaliar tais mudanças no comportamento paterno. Encontrou um grupo de pais, que chamou "tradicionais", por costumarem fornecer ajuda às esposas no cuidado com os filhos pequenos, mas partindo do pressuposto de que cabe a elas a responsabilidade maior com os filhos e com o lar: "ela é quem sabe o que é bom" (p.86). Utilizam geralmente o modelo e a referência de seus pais, ou seja: se suas mães se ocuparam da criação dos filhos, nada mais natural que as esposas deixarem de trabalhar para se responsabilizar pelos filhos, mesmo quando estas recebam salários mais altos.

O segundo grupo foi o de pais que acreditam poder cuidar tão bem dos filhos quanto suas esposas. Observou a autora que estes têm como referência seus próprios pais, apesar de não lhes seguirem o modelo de comportamento. Não existe continuidade entre o modelo vivenciado e o posto em prática. No entanto, "a identificação está ligada à figura paterna e ao nome do pai, que forma a referência maior ao tornar-se pai" (p.87), ou seja, identificação com a palavra do pai. Na análise de identificações com a figura materna, HURSTEL (1985) observou que tais homens

reencontram-se com a imagem da mãe "todo-poderosa", ou seja, "a mãe primitiva das primeiras relações..."(p.87), agora encontrada inicialmente neles, que também precisam lidar com esta sedução de um poder de quem tudo sabe sobre as crianças. Neste sentido as identificações com a figura materna necessitam ser ressignificadas.

Tais observações levam HURSTEL (1985, p.87) a concluir que "as identificações ao pai e à mãe que funcionam simultaneamente no sujeito não são independentes." Propõe a autora, em vez da classificação de modelos de novos pais e pais que não se ocupem de seus filhos, a utilização de um eixo ou segmento de reta, em que a posição será variável, quando uma das características se encontre mais ou menos presente. Considera necessário também distinguir entre práticas e opiniões, já que muitos homens normalmente concordam com a idéia de divisão de tarefas no lar, mas muito poucos a põem em prática ou, quando isto acontece, deixam que algumas ainda permaneçam exclusivas das mães - fato que deve, necessariamente, ser analisado com referência à igualdade social entre homens e mulheres. Rejeita, portanto, a classificação de "novos pais", efusivamente proclamada pela mídia. Na sua avaliação, o novo não pode ser atribuído ao comportamento dos pais exclusivamente, e, sim, a todo um conjunto de transformações que incluem o comportamento de suas esposas, as relações de trabalho, a aceitação no contexto das instituições, entre outros.

RAMOS, em artigo denominado "Quem ajuda o pai?"<sup>19</sup>, analisa o acúmulo de papéis e responsabilidades atribuídas, no presente, às mães que lamentam constantemente esses encargos, porém, muitas vezes, não conseguem afastar-se do "posto de rainha do lar". Geralmente utilizam o argumento de que os maridos não possuem atributos para as tarefas domésticas ou ainda para o cuidado diário com os

---

<sup>19</sup> Folha de São Paulo, 23 nov.1998.

filhos. Como consequência, contribuem para que o homem permaneça em segundo plano frente à criação dos rebentos, mantendo um círculo em que todos: pais, mães e filhos perdem nas formas de relacionamento.

A referência de SKOLNICK a programas de televisão traz à lembrança o grande sucesso no Brasil, no início da década de 90, do desenho animado que abordava o cotidiano de uma família de dinossauros ("A família dinossauro"), no qual o filho mais novo, sempre que o pai se aproximava para lhe prestar alguma ajuda, gritava insistentemente: "Não é a mamãe, não é a mamãe!" Reveladora também era a dificuldade deste pai-dinossauro frente às tarefas domésticas, assim como o "grande poder" retratado por mamãe-dinossauro. Ainda nas telas, reprises do antigo desenho "Os Flintstones", quando o pai de família, a todo instante grita: "Viiiilma!" - sua esposa, sempre pronta a resolver todos os problemas. A leitura feita por ENRIQUEZ (1996, p.130) é a de que alguns filmes retratam atualmente "homens falidos", tipos pobres, que não se comportam como pais, visando a apontar as dificuldades das figuras paternas.

As imagens dos pais, assim como os valores a eles atribuídos, traduzem os ideais de cada sociedade. Curioso observar que, apesar dos referidos desenhos animados ou das novelas que freqüentemente enfocam os papéis tradicionais do homem e da mulher, no Dia dos Pais as reportagens sobre "os novos pais" parecem uma constante, como o artigo de capa do Jornal da Família<sup>20</sup>, apresentado com o título "Pelo direito de ser um pai total". Cenas de pais que se ocupam das tarefas infantis, de jogadores que levam os filhos para os treinos; depoimentos de artistas sobre como executam tais funções, tudo isto procura conduzir à figura de um pai preocupado e atuante na educação dos filhos, chegando ao extremo de noticiar que

---

<sup>20</sup> O Globo, 9 ago. 1998.

o verdadeiro pai do ano é um macaco mandril do Jardim Zoológico do Rio, que cuida de seu filhote de quase três anos desde que a mãe deste faleceu<sup>21</sup>. Conforme indica THÉRY (1995), a concretização deste papel de "novo pai" ainda parece um caminho a ser percorrido.

MAILAT (1996) também demonstra preocupar-se com a validação social para o exercício da condição de pai. Seu estudo privilegia o atendimento propiciado por instituições que se dedicam ao cuidado da infância, nas quais percebe que os contatos iniciais feitos pelos profissionais ainda são prioritariamente com as mães. É costume perguntar-se a estas o que o pai da criança pensa sobre determinada questão ou como este se posiciona em relação a certo assunto. Talvez se possa recordar a metodologia utilizada na década de 60, descrita por PONJAERT-KRISTOFFERSEN (1992), quando se emprega a figura materna como porta-voz do casal.

A análise empreendida por MAILAT (1996) refere-se também ao dado de que normalmente, nas famílias monoparentais, a avaliação do desempenho dos pais não é feita de maneira diferenciada, caso os profissionais estejam frente a pai ou mãe que resida só com o filho. Frequentemente as equipes de trabalho esperam comportamentos semelhantes de pai ou mãe, não favorecendo a diferenciação das posições.

---

<sup>21</sup> *Jornal do Brasil*, 8 ago.1998.

### 3.4 - BUSCA DE IGUALDADE JURÍDICA ENTRE HOMENS E MULHERES

Conforme exposto, as mudanças no contexto familiar que conduziram à denominada família igualitária acarretaram alterações não apenas no âmbito privado do casamento, mas na legislação que necessariamente as oficializou.

A partir do direito à igualdade da mulher frente ao homem, princípio disposto na Carta das Nações Unidas, não se aceitam mais discriminações contra o sexo feminino. Apesar de as Constituições Republicanas brasileiras enfatizarem o princípio da isonomia, observa-se que a igualdade jurídica entre homens e mulheres foi efetivamente prejudicada em função de diversas classificações legislativas.

Consideradas relativamente incapazes para os atos da vida civil, as mulheres brasileiras, até 1962, tinham motivos suficientes para se sentirem discriminadas. Somente nesse ano, com o advento da Lei 4.121, determinou-se a emancipação da mulher casada.

A idéia de igualdade jurídica foi formalizada através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, numa reação da burguesia francesa revolucionária aos privilégios pessoais e hierarquização de classes. Ideal presente nas Constituições modernas, desponta por vezes como avaliador constante das disposições legislativas.

O princípio da isonomia baseia-se em uma concepção individualista, invocando igual tratamento jurídico para todos ou, pelo menos, para todos os que estejam nas mesmas circunstâncias. No Vocabulário Jurídico, De PLÁCIDO e SILVA (1996, p.405) define:



"A igualdade redundará na igual proteção a todos, na igualdade das coisas que sejam iguais e na proscrição dos privilégios, isenções pessoais e regalias de classe, que se mostrariam desigualdades."

Na *Encyclopédie Philosophique Universelle* (1990, p.757), RANCIÈRE define o vocábulo *égalité* :

"A igualdade moral e política é um princípio segundo o qual os seres que possuem um mesmo atributo devem ser tratados identicamente em tudo o que diz respeito ao exercício deste atributo."

Constata-se, no entanto, que o princípio da igualdade jurídica é relativo, na medida em que a criação legislativa ordinária, importante para o funcionamento do Estado, envolve a classificação de pessoas, de acordo com atributos distintos, acarretando implicações jurídicas diversas. Observa-se assim que renda, idade e profissão constituem motivos para se estabelecerem classificações específicas, que determinam desigualdades jurídicas perfeitamente justificáveis. Conforme explica o Professor SIQUEIRA CASTRO (1983, p.66), grande estudioso da matéria Constitucional:

"Legislar importa necessariamente em classificar, classificar, a sua vez, significa discriminar, isto é, destacar determinadas situações fáticas para atribuir a elas, com exclusão das demais, certas consequências jurídicas."

No entanto, a legislação, ao classificar, deve estar fundada em razões explícitas, que justifiquem a diferença de tratamento. Busca-se a congruência com a

finalidade prevista, relacionando-se a classificação aos objetivos perseguidos pela norma. O oposto a isso pode ser interpretado como diverso ao conceito de justiça.

PERELMAN (1972), em uma análise filosófica da relação de igualdade, ressalta que o problema se apresenta frente à dificuldade em determinar os critérios avaliadores da igualdade, ou da diferença, na medida em que não existem seres absolutamente iguais. A regra de igualdade jurídica necessita da especificação do que será definido como igual em cada caso, função atribuída ao legislador.

A primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, já expunha no artigo 72, §2º, o princípio isonômico:

"Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho."

Não obstante a inclusão do princípio da igualdade jurídica na Carta Magna de 1891, à Constituição Brasileira de 16/07/1934 coube expressar claramente a proibição de discriminações em razão de sexo, apresentanda no art.113, inciso I, com a seguinte redação:

"Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas."

Na Carta Magna de 1988, o princípio da igualdade jurídica encontra-se representado no

Artigo 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

### 3.5 - ISONOMIA JURÍDICA X PRECONCEITOS SOCIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Observa-se, na análise do Código Civil brasileiro, que o princípio da isonomia jurídica acha-se constantemente ignorado, na medida em que vários de seus artigos legitimam desigualdades relacionadas a diferenças entre sexos. Datado de 1916, esse Código evidencia preconceitos de uma sociedade patriarcal transmutados em afirmações jurídicas, como os exemplos que se seguem:

- O artigo 9º, §1º, inciso I, atribuía ao pai, em primeiro lugar, a prerrogativa de conceder emancipação aos filhos, discriminando os genitores por razão exclusiva de sexo;

- O artigo 380, Parágrafo Único, estabelecia que o pátrio poder era de competência dos pais. O marido devia exercê-lo com a colaboração da mulher, sendo que, em caso de divergência, prevaleceria a decisão do cônjuge varão, embora a mãe pudesse recorrer à autoridade judicial;

- O artigo 385 atribuía originariamente ao pai a administração dos bens dos filhos menores;

- Quanto à nomeação de tutor para os filhos menores, o artigo 407 do Código

Civil previa que esta era uma função a ser desempenhada em princípio pelo pai, depois pela mãe, seguida do avô paterno e finalmente do avô materno;

- Visão correlata apresentava o artigo 409, sobre tutela. Na falta de tutor nomeado pelos pais, dava-se preferência ao avô paterno, na linha ascendente; aos irmãos do sexo masculino, no plano colateral, e, ainda, aos tios também do sexo masculino;

- Mais um exemplo temos no artigo 233 do Código Civil, que conferia ao marido a chefia da sociedade conjugal, situação que perdurou até a Constituição de 1988.

Ao analisar o artigo 233 do Código Civil brasileiro, em livro publicado em 1985, WALD relata:

"A atual autoridade do chefe de família tem os seus fundamentos nos poderes enfeixados, na época do direito romano, nas mãos do pater, que exercia o pátrio poder sobre os filhos, a manus sobre a mulher, a dominica potestas sobre os escravos e o patronato sobre os clientes. As tradições fizeram com que se firmasse a chefia nas mãos do marido, embora o exercício do pátrio poder e da autoridade marital tivessem hoje uma fiscalização direta da lei, não se admitindo que possam ser exercidos a não ser no interesse da família."  
(p.74)

Conforme argumenta o jurista SIQUEIRA CASTRO (1983, p.100)

"Como se vê, contam-se a dezenas as preferências criadas na codificação civilista, em detrimento da mulher. Todas elas sem exceção alguma traduzem preconceitos paternalistas enraizados em nossos costumes sociais que adentraram o direito positivo brasileiro à mingua de qualquer justificativa científica idônea."

Percebe-se que os dispositivos constitucionais muitas vezes não são

suficientes para eliminar ou impedir influências socioculturais. Traçando um paralelo com a legislação brasileira referente ao Direito de Família, depreende-se que os papéis sociais dos cônjuges encontravam-se claramente diferenciados, em função de atributos justificados como naturais ou ainda de natureza biológica. Assim, enquanto o pai era visto como o chefe da família, responsável pelas decisões de vulto, cabia à mulher o cuidado dos filhos e da casa.

Mudanças sociais, aliadas ao desenvolvimento de teorias psicológicas e educacionais sobre a criação de filhos, reforçaram a necessidade de alterações no Direito de Família brasileiro, que só passou a admitir a dissolução do casamento a partir de 1977, com a Lei 6.515, conhecida popularmente como a Lei do Divórcio, a mais relevante na atualidade, no que diz respeito ao Direito de Família no Brasil. MALHEIROS (1994) expõe que, com referência à guarda de filhos de pais separados, comparando-se o Código Civil de 1916 e a Lei 6.515/77, foi pequena a evolução. Neste sentido, parece não haver inovações no artigo 10 da referida Lei em relação ao artigo 326 do Código Civil, segundo o qual os filhos deveriam ficar com o cônjuge inocente em caso de desquite judicial, cabendo à mãe a guarda dos filhos se a culpa fosse dos dois. Como ilustração pode-se citar entrevista publicada na *Folha de São Paulo* (17 dez.1997), na qual o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, argumentou que, entre as modificações propostas na revisão do Código Penal, o adultério não deve ser qualificado como crime, proposição defendida por diversos juristas. Defende, porém, o Ministro que "as conseqüências da vida conjugal discrepante devem ficar restritas ao campo civil, com a possibilidade de perda da guarda de filhos na separação judicial" (p.8).

Polêmico também pode ser considerado o caso noticiado pelo jornal *O Globo* (28 nov.1998) sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (S.T.J.), que autorizou um senhor a suspender o pagamento de pensão alimentícia à ex-mulher, a

partir do entendimento de que esta havia abandonado o lar com os filhos, sendo, portanto, considerada culpada pela separação. A justiça do Estado de Minas Gerais, entretanto, havia julgado inconsistente o argumento de abandono de lar. Desta forma, desclassifica-se o ato como crime, porém os papéis conjugais continuam a ser confundidos com os parentais, com a conseqüente punição extensiva à guarda dos filhos.

A autoridade do pai, visto como o chefe da família ou o cabeça do casal, prevaleceu até a Constituição de 1988<sup>22</sup>, quando este poder passou a ser compartilhado com a mãe, não existindo mais juridicamente o privilégio do homem sobre a mulher na sociedade conjugal. Este texto constitucional abordou ainda os direitos da criança, expostos no artigo 227<sup>23</sup>, a partir do conceito de proteção integral e do entendimento da criança como sujeito de direitos. Conforme esclarece AMARAL e SILVA (In: ARANTES e MOTTA, 1990), este artigo reúne os postulados básicos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, assim como do pré-texto da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Determina ainda o art. 229 que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores..."

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado a partir do princípio da proteção integral à criança, disposto no artigo 227 da Constituição de 1988, estabeleceu, no artigo 22<sup>24</sup>, os deveres dos pais em relação aos filhos na condução da educação destes, reafirmando o deslocamento do eixo de discussão

---

22 Artigo 226, parágrafo quinto: "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

23 "Artigo 227- É 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-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

24 Artigo 22 (ECA): "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

dos direitos paternos para a responsabilidade parental.

Constata-se que, apesar do disposto nos textos jurídicos relacionados, a argumentação baseada nos atributos femininos como determinantes para o cuidado das crianças ainda se acha presente em vários processos jurídicos, como em jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 27 de maio de 1996, referente a um caso de disputa de posse e guarda. Inconformado com a sentença que atribuía a guarda dos filhos à ex-mulher, o réu apelou, buscando a reforma da referida sentença. Justificou o Tribunal a negativa do recurso, a partir da seguinte afirmação: "Não tenho dúvida em afirmar que os filhos menores sempre ficam melhor sob a guarda da mãe, por razões que independem de maiores justificativas." Esclarece o texto desta Jurisprudência que:

"os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantido ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita."

Considera-se, portanto, que a ideologia expressa na legislação influencia comportamentos, podendo reforçar atitudes que se encontram em desacordo com as regras sociais de uma determinada comunidade. MALHEIROS (1994, p.69) interpreta que a possibilidade de o regime de igualdade jurídica, disposto na Constituição de 88, ser algumas vezes desprezado deve-se ao fato de este princípio ainda não estar "inserido na legislação civil brasileira". Entendimento semelhante apresenta o professor de Direito Civil Carlos Alberto Bittar (1993), assinalando que, apesar do tempo transcorrido após a promulgação da Constituição de 1988, ainda não foram concluídas as reformulações legislativas necessárias à adaptação da matéria ao texto Constitucional. Prevê ainda que, quando da reformulação do nosso Direito de

Família, certamente as recentes alterações nas legislações europeias irão exercer influência, conforme tradição.

Percebe-se, portanto, que não só o princípio da igualdade jurídica, mas também os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança não encontram correspondência na legislação nacional de Direito de Família. Conforme explicação de AMARAL e SILVA (1994, p.70)

“... embora a maioria dos países latino-americanos tenha ratificado a Convenção dos Direitos da Criança, continuam convivendo com normas ultrapassadas e que colidem com os postulados internacionais.”

Comparando-se a legislação brasileira com o Direito de Família de outros países latino-americanos, encontram-se questões semelhantes. SIMON (1995), por exemplo, ao revisar o Direito de Família equatoriano, expõe que as modificações no Código de Menores equatoriano de 1992 - o qual reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, seguindo o previsto na Convenção -, bem como o princípio de igualdade jurídica entre homens e mulheres ainda não encontram correlação com a legislação civil.

GONTIJO (In: TEIXEIRA, 1993) sustenta também a necessidade de lei ordinária que regulamente a igualdade entre os cônjuges e seus efeitos, disposta no texto constitucional brasileiro, na medida em que constata um vazio legislativo quanto à regulamentação deste princípio. Tal fato acaba por atribuir ao Poder Judiciário um poder legislativo “ao dar interpretação à norma Constitucional eventualmente até aplicando-a diferentemente do pretendido pelo legislador constituinte” (p.171).

Na análise de obras recentes de Direito de Família, o autor constata que ainda persistem diversos posicionamentos quanto à aplicabilidade da isonomia



conjugal. Exemplos podem ser lembrados, quando da referência à chefia da sociedade conjugal atribuída ao cônjuge varão, vista por muitos como uma tradição a ser mantida, em detrimento da norma constitucional. Acreditando que o posicionamento da Desembargadora Áurea Pimentel Pereira traduza este entendimento, optou-se por sua reprodução integral.

"Sabemos que há quem sustente que com o advento da Constituição em vigor, por força do proclamado no parágrafo 5 de seu artigo 226, o homem já não é o chefe da sociedade conjugal ou o cabeça do casal como proclama o artigo 233 do Código Civil, isto é, não haveria mais uma autoridade diretiva única, passando a direção de tal sociedade ser exercida agora, ao mesmo tempo, pelo homem e pela mulher. Não concordamos, contudo, com tal colocação. É que a família brasileira se assentou, desde o início, em tradição eminentemente patriarcal, em que a chefia do grupo familiar se deferiu sempre ao homem, no próprio interesse da subsistência do equilíbrio e da harmonia da entidade familiar, só possíveis quando submetidas esta a uma autoridade diretiva unificada, parecendo-nos que o desdobramento de tal autoridade, para propiciar seu exercício ao mesmo tempo pelo homem e pela mulher, por certo poderá fazer nascer entre estes uma situação de verdadeiro confronto, sem condições de ser, no futuro, contornado. Na linha de tais considerações, portanto, é que entendemos que em respeito à formação patriarcal da família brasileira, e no interesse da sobrevivência nas relações do grupo familiar, é que a autoridade diretiva unificada deve sobreviver, mantendo-se nas mãos do homem a chefia da sociedade conjugal, como aliás, atualmente se faz em quase todos os países do mundo." (In: TEIXEIRA, 1993, p.163)

GONTIJO (op.cit.) traduz também o entendimento de DINIZ, que, em defesa da chefia conjugal, argumenta que "todo grupo social requer uma direção unificada..." (p.163/4). Na interpretação daquele autor, independentemente de costumes ou tradições diferenciadas, a partir da promulgação da Constituição de 1988 o princípio da igualdade entre os cônjuges passou a vigorar, identificando-se justamente a vontade do legislador de alterar certos comportamentos.

Na mesma obra de TEIXEIRA (1993), o Desembargador Sérgio GISCHKOW

PEREIRA contrapõe-se à idéia de que a tradição patriarcal da família brasileira deve ser mantida, defendendo que a implantação do princípio de igualdade entre os cônjuges não será responsável pela destruição da família e reafirmando a importância da divisão de responsabilidades entre estes, quando eventuais discordâncias decorrentes da co-gestão possam ser saudáveis :

"... só assim se propicia uma educação e uma instrução para o novo sistema constitucional, em vez de eternizar uma estrutura de domínio por parte do homem. Do contrário, cairemos no raciocínio dos que desaconselham a democracia política com o pretexto de que o povo ainda não se encontra preparado para ela e precisa ser conduzido, como um pai conduz seus filhos menores."(p.119)

Ainda com referência ao argumento da tradição patriarcal, acrescenta o Desembargador que o Direito de Família necessita ser constantemente renovado, assim como várias questões endereçadas ao judiciário:

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

Apesar da estrita defesa quanto ao princípio da igualdade entre os cônjuges, GISCHKOW PEREIRA faz ressalvas quando a questão refere-se à guarda de filhos. No seu entendimento, as regras de que dispomos atualmente não pretendem gerar diferenças entre homens e mulheres. Sua preocupação dirige-se à necessidade dos filhos. Se em nossa sociedade ainda é a mãe a figura primordial no cuidado e educação das crianças, o entendimento do jurista é pela preferência de guarda pela mãe, justificada por meio de razões sócio-psicológicas.

### 3.6 - QUESTÕES REFERENTES AO PRINCÍPIO ISONÔMICO NA GUARDA DE FILHOS

Apesar de a Constituição brasileira de 1988 criar módulos de tratamento isonômico para homem e mulher na união conjugal, conforme disposto no artigo 226, §5º (V. Nota nº 23), pode-se interpretar que a Lei 6.515/77 exhibe no artigo 10, §1º, discriminação contra o genitor do sexo masculino, ao afirmar que:

"Se pela separação forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o Juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles."

Neste caso poder-se-ia apontar que a legislação ordinária seria discriminatória, pois tal regra não apresentaria a exigência de racionalidade, conforme exposto anteriormente. No entendimento de SIQUEIRA CASTRO, trata o artigo, a princípio, de discriminação benigna em relação à mulher, isto é, favorece o sexo feminino, de modo conflitante com o texto Constitucional, que prevê a improcedência da disparidade jurídica entre os sexos.

"No campo da igualdade entre os sexos, talvez mais do que nos outros setores em que vigora dito proibitivo constitucional, padece este de amplo relativismo, o que torna a linguagem fria da Constituição praticamente indecifrável se não se conhece de perto a mentalidade constitucionalista do lugar em que ela tem vigência, e se não se a associa aos valores sócio-histórico-culturais que a rigor condicionam e delineiam o seu teor e a sua aplicabilidade." (SIQUEIRA CASTRO, 1983, p.50-1)

A juíza Maria Lúcia Karan (1998) defende a necessidade de uma nova compreensão do Direito de Família brasileiro, que esteja em acordo com uma concretização maior do princípio de igualdade entre homens e mulheres, disposto na Constituição de 1988. Destaca como indispensável também no Brasil:

"um revezamento equânime no convívio de pais separados com seus filhos, rompendo-se com a conhecida e lamentável prática de meras visitas em fins de semana alternados."(KARAN, in: SILVEIRA, 1998, p.186)

Observa-se, entretanto, que a interpretação de favorecimento do sexo feminino na causa em questão é contestada por alguns pesquisadores como AGUIRRE et FASSLER (1994). Argumentam estas autoras que atualmente grande parte das mulheres trabalha fora e, quando a guarda dos filhos lhes é atribuída, cabe a estas não só o uso do salário recebido, mas também do tempo e trabalho diários com os filhos; quanto ao pai, estipula-se apenas um percentual do salário para o pagamento da pensão alimentícia. NICK (1997, p.131) também interpreta como um "ônus" para muitas mulheres a atribuição da guarda dos filhos, classificando como "menos penoso" se este encargo pudesse ser dividido com o pai das crianças.

EDGAR (1992) apresenta resultados de pesquisas realizadas pelo Instituto Australiano de Estudos sobre a Família, que apontam para um dos efeitos mais sérios do divórcio: a grande diminuição do poder aquisitivo das mães que permanecem com os filhos, situação que inclui o nível de vida dessas crianças. Expõe o autor que, por meio de pesquisas longitudinais com casais separados, realizadas no decorrer da década de 80, foi constatado que a situação financeira dos homens divorciados torna-se melhor após a separação, enquanto as mulheres geralmente sofrem efeito inverso. Informa ainda EDGAR que tais conclusões foram responsáveis por alterações na legislação sobre a família na Austrália, que agora

"estipula que os dois pais continuam a assumir a responsabilidade de manutenção dos filhos após o divórcio" (p.116), na medida em que se concluiu que o Estado não estava conseguindo fixar pensões adequadamente. Avalia o pesquisador que a implicação mais importante desta alteração refere-se à atribuição de uma autonomia maior das famílias em detrimento do papel de "árbitro moral" (p.116) praticado até então pelo Estado. Frente a esta situação, alguns pais reclamam, entretanto, que o aspecto emocional da convivência com os filhos não foi resolvido, já que se sentem afastados destes da mesma forma. Afirmam ainda que tal distanciamento acentua-se, muitas vezes, quando a mãe das crianças casa-se novamente. Concluem também as pesquisas que o modelo de guarda clássico traz efeitos muito distintos para os pais e as mães. Enquanto para as últimas o divórcio pode reduzir em muito o *status* financeiro, proporciona também mais independência, além de um forte engajamento com os filhos. Para os homens, um dos produtos dessa alteração do estado civil é a mudança de residência. Além disto, muitas vezes o exercício do papel de pai apresenta-se problemático nas novas circunstâncias.

WALLERSTEIN et KELLY (1998), também utilizando estudos longitudinais, relatam o "stress" experimentado por muitas mães divorciadas, em função das mudanças econômicas e da grande ansiedade em ajustar-se, junto com os filhos, ao novo padrão financeiro. Apuraram que três quintos dos homens contra três quartos das mulheres tiveram declínio no padrão de vida (p.35), sendo que algumas foram deslocadas para uma faixa sócio-econômica inferior, com conseqüente prejuízo no "status" social. Havia sempre gastos com os filhos que não constavam do acordo e causavam mais desavenças entre os pais. Constataram ainda que o genitor que decidira terminar o casamento tendia a solicitar menos recursos na hora da partilha dos bens, situação interpretada como uma tentativa de lidar com a culpa. Na pesquisa realizada pelas autoras, em três quartos dos casos a iniciativa para o

divórcio partiu das mulheres. Em decorrência, após a separação, a maior parte delas teve que optar por trabalho em tempo integral para tentar compensar a queda no padrão financeiro. Certamente as mudanças que impõem uma participação maior das mulheres nas atividades laborativas acarretam alterações no cotidiano com os filhos. Era claramente perceptível também a noção dos pais de que as responsabilidades com os filhos após a separação caberiam às mães, já que estas detinham a custódia. Assim, a maioria dos pais, mesmo com disponibilidade de tempo, não aceitava permanecer com os filhos eventualmente, quando a ex-esposa precisasse. Consideravam este pedido da ex-mulher como uma "exploração manipulativa" (p.37), não enxergando a possibilidade de um relacionamento mais estreito com os filhos nesses momentos. As autoras registraram, ainda, que normalmente as necessidades apresentadas pelas crianças no dia-a-dia eram totalmente atendidas pelas mães, fato que, conjugado ao ritmo de trabalho fora de casa, comumente as conduzia à exaustão. A redução da disponibilidade destas para com os filhos, dado o aumento da carga horária de trabalho, foi apresentada como queixa dos menores de idade. "Depois de seis meses de separação, um quarto das mães entrevistadas se considerava substancialmente menos disponível para os filhos." (p.38). Além destas constatações, metade das entrevistadas considerava ser muito difícil assumir "o papel de disciplinadora" (p.130) não só porque, na vigência do casamento, este papel era desempenhado pelo marido, como pelo fato de que após o divórcio temiam que dizer "não" produzisse rejeição. Em decorrência, acabavam chorando, ralhando ou berrando com os filhos, sem saber exatamente como assumir o papel parental. Vale assinalar que, em todas as famílias estudadas no decorrer da pesquisa, as responsabilidades mais efetivas cabiam às mães, que, agora sozinhas, teriam de assumi-las integralmente. Esta situação pode-se correlacionar à Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNDA), divulgada no final de 1998 pelo I.B.G.E., apontando

que, em cada quatro famílias brasileiras, uma é chefiada por mulheres.<sup>25</sup>

A racionalidade jurídica que atribui à figura materna o papel principal no cuidado dos filhos torna-se objeto de diversas críticas, retratadas inclusive pelos meios de comunicação. Vale citar como simples exemplo o filme *Kramer x Kramer* (1979), baseado em situação verídica, na qual um pai luta judicialmente por demonstrar que possui aptidão para cuidar de seu filho, encargo visto comumente pela justiça como de incumbência feminina. CLERGET (1996, p.41) aponta que neste filme, para obter a guarda do filho perante o tribunal, a mulher utiliza a frase "Eu sou a mãe!" como argumento fundamental, que, se utilizado pelo homem ("Eu sou o pai!"), com certeza seria interpretado como inconsistente ou sem sentido. Um pouco mais recente, o filme *Uma babá quase perfeita* (1993) retrata com humor as agruras de um pai na busca de um relacionamento com seus filhos que ultrapasse o estabelecido judicialmente após a separação matrimonial.

Face à relatividade do princípio da isonomia, a tendência atual é de que as Constituições estabeleçam medidas que visem à aproximação das pessoas. No que tange ao Direito de Família, vários países como Estados Unidos, França, Suécia, entre outros, utilizam o regime de guarda conjunta ou autoridade parental conjunta, visto como mais adequado às necessidades da família contemporânea, evitando-se a proeminência de um dos pais no cuidado dos filhos.

CASTRO (1998) argumenta que atualmente, no Brasil, muito pouco é feito para estimular uma convivência maior da criança com o denominado pai-visitante. Reconhece que o sistema de visitação quinzenal, prática corrente no País, desestimula ou dificulta, muitas vezes, um acompanhamento mais sistemático da criação dos filhos, "fazendo com que resulte daí a figura do abandono afetivo"

---

<sup>25</sup> *Jornal do Brasil*, 13 dez.1998.

(p.220). Analisando agora no plano quantitativo, o advogado aponta que a prática de visitação quinzenal pressupõe, no máximo, uma convivência de quatro dias por mês, o que significa 48 dias por ano. Deve-se aqui acrescentar que, juntamente com a visitação quinzenal atribuída ao genitor descontinuo, costuma-se determinar o direito de passar a metade do período de férias com os filhos, assim como feriados também alternados.

WALLERSTEIN et KELLY (1998) constataram que os períodos de visita podem funcionar como o momento no qual os pais extravasam suas hostilidades, hora em que os ex-cônjuges utilizam os filhos para punição do outro. Observaram que mais da metade dos homens e mulheres entrevistados logo após a separação eram "excessivamente críticos e abusivos em todos os seus comentários sobre o ex-parceiro" (p.40). Neste grupo identificaram pais que lutavam pela custódia dos filhos, numa tentativa de reconciliação, e mães que tentavam punir os ex-companheiros, dificultando o contato destes com os filhos, obstruindo as visitas. Na verdade comportavam-se como pais que não conseguiam compreender as necessidades das crianças. Concluíram as autoras, ainda, que os casais que estendiam à Justiça as brigas por visitação e custódia dificilmente conseguiam conduzir tais situações de forma adequada, mesmo após a sentença, havendo quase sempre retorno intermitente aos tribunais.

O uso da expressão *pai-visitante* nem sempre se refere ao varão, como demonstra acórdão publicado na RJTJESP 113/237, quanto a julgamento realizado em 1992, em que foi deferida a guarda das crianças à avó materna, já que esta tomava conta delas desde a separação do casal. Com referência à visitação dos filhos, porém, o entendimento foi: "Direito de visitas – O período de visitas concedido à mãe, apesar de curto, é razoável, podendo esta, mais tarde, pleitear a extensão do mesmo" (In: TEIXEIRA, 1993, p.89).



Pode-se depreender que o direito de visita neste caso é tratado como uma concessão feita ao genitor, funcionando o sistema de justiça como uma instituição que contribui na restrição do relacionamento entre pais e filhos, ao invés de expandi-lo. Utiliza-se a separação como recurso legal através do qual a sociedade reordena os papéis parentais.

Quanto ao genitor-visitante, WALLERSTEIN et KELLY (1998) observaram que o relacionamento da criança com este é limitado pela regulamentação de visitas, sugerindo as autoras um exame mais apurado sobre as conseqüências desses arranjos. Constataram ainda que pais muito próximos dos filhos durante o casamento algumas vezes passavam a visitá-los esporadicamente. Notaram que, após a separação, ocorria normalmente um corte abrupto no contato da criança com o genitor, agora denominado de visitante.

"Na verdade, os tribunais, os parceiros em guerra e seus respectivos advogados têm dirigido seus esforços a impor restrições e condições rígidas que complicam um relacionamento que na melhor das circunstâncias é frágil e precisa ser encorajado."(p.143)

De fácil constatação também foi o reconhecimento de que pais e filhos, agora frente ao novo relacionamento imposto pela visitação, geralmente não sabiam no início o que fazer quando estavam juntos, momentos em que encontros e separações passam a ter novos significados. Os pais também possuíam dúvidas quanto ao seu atual papel e suas responsabilidades. Metade dos homens que participaram da pesquisa americana tinha medo de ser rejeitada pelos filhos (p.144), o que fazia com que compensasse as crianças com generosos presentes. Esta atitude gerava raiva nas ex-mulheres, que achavam que os pais de seus filhos queriam com tal comportamento "comprar" as crianças, muitas vezes oferecendo-

lhes objetos que elas não teriam condições de adquirir.

Nas entrevistas realizadas por WALLERSTEIN et KELLY (1998), agora após quase cinco anos de separação do casal, observaram que mais de um terço das crianças estavam insatisfeitas com o cotidiano na família, e para quase um quarto dos entrevistados o padrão de visitas mantido pelo genitor que não possuía a custódia não era considerado satisfatório (p.238). Os filhos que não expressavam descontentamento frente ao divórcio dos pais eram justamente os que mantinham estreito contato com os dois genitores. Nas diferentes faixas etárias as entrevistas apontaram que a saúde psicológica dos filhos encontrava-se estreitamente vinculada a um relacionamento satisfatório entre o pai e a criança (p.246). Para as mais jovens, isto incluía necessariamente a freqüência de visitas e o prazer que estas proporcionavam. Para os mais velhos, significava mais a qualidade desses encontros; não simplesmente a quantidade. As crianças que não eram visitadas constantemente por seus pais demonstravam fortes sentimentos de raiva e tristeza, diferentemente das que recebiam constante atenção do genitor. Sugerem as autoras também que se devem evitar padrões fixos de relacionamento, já que os filhos gostam de ter liberdade para pedir ao pai mudanças nas datas e horários de visitação. Contra-indicam a rigidez, por vezes estipulada nos acordos de visitação, com enquadres severos referentes ao encontro pais/filhos, regra que interpretam como de impedimento a um amplo relacionamento. Concluem textualmente que:

"O maior perigo trazido pelo divórcio para a saúde psicológica e o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes é a maternagem/paternagem diminuída ou perturbada que tão freqüentemente acontece depois da ruptura e pode consolidar-se na família pós-divórcio." (p.347)

Na pesquisa norte-americana os resultados apontaram que o divórcio tanto

pode acarretar melhor qualidade de vida para adultos e crianças como depressão e crises existenciais, dependendo da maneira como se atravessa esse período, avaliação que mediatiza a expressão corrente de que é sempre preferível para as crianças a separação conjugal de seus pais a terem que presenciar um casamento conflituado.

Favorável a mudanças na prática corrente que atribui o direito ou dever de visita quinzenal ao pai que não habita com seus filhos, KARAN (1998) argumenta que a solicitação de alguns pais para encontrar os filhos no decorrer da semana deve ser vista como uma prática saudável, apropriada. No entanto, a autora apresenta argumentações de alguns operadores do Direito que defendem a visitação somente nos finais-de-semana, para não atrapalhar a rotina da criança. Contrapondo-se a esta visão, a juíza exemplifica seu entendimento, apresentando uma sentença na qual analisa a solicitação de um pai de que fosse aumentado o número de dias de visita ao filho pequeno. Arbitra a juíza que:

“... um relacionamento normal e desejável entre pais e filhos não se desenvolve da forma tradicional e ainda predominante: a mãe convivendo diariamente com o filho, passando-lhe seus valores, idéias, padrões e hábitos de vida modeladores de seu caráter e de sua personalidade e o pai limitando-se a desempenhar o conhecido e lamentável papel de pai de fim de semana”. (p.190)

Retornando à pesquisa norte-americana, observa-se que, na amostra avaliada, alguns pais apresentavam sintomas depressivos após o divórcio, achando que, face ao estabelecido judicialmente, não possuíam papel a desempenhar perante seus filhos, fato que causava grande desapontamento nas crianças. Muitos homens não suportavam ter que pegar os filhos na casa onde residiam antes da separação, sabendo, por vezes, que sua ex-esposa já contraíra nova união, sendo necessária a

indicação de um lugar "neutro" para a entrega das crianças - particularidades que apontam a necessidade de compreensão de cada caso específico. Em contrapartida, nas famílias cuja separação conjugal resultou em encargos, não só financeiros mas principalmente de apoio emocional aos filhos para um dos cônjuges, maior era o grau de "stress" e de dificuldades desse genitor frente ao cotidiano.

"A crônica sobrecarga emocional e econômica era freqüentemente intolerável para a mãe custodial, e o efeito cumulativo sobre as crianças estava muito visível em sua infelicidade e depressão." (p.339)

BASTIEN-RABNER (1992) informa que grupos de pais e organizações feministas passaram a exigir na França um equilíbrio no que se refere aos direitos parentais, argumentando que, independentemente do modelo de separação adotado pelo casal (divórcio consensual ou litigioso), devem ser preservados a igualdade parental e o direito dos filhos a ter acesso aos dois genitores. OLIVIER (1996), em artigo intitulado "Que sont les pères devenus?" expõe uma foto referente à Primeira Manifestação de Pais, realizada em 22/05/93 em Paris, organizada pela Associação SOS-PAPA, contra o fato de a criança ser geralmente confiada à mãe, após a separação conjugal. Defende-se que a igualdade parental e o direito à educação por pai e mãe devem ser resguardados. Acrescenta BASTIEN-RABNER (1992) que, antes da Lei de 22/07/87, denominada *Loi Malhuret*, o ex-esposo que não detivesse a guarda possuía um simples poder de visita e de controle, ou vigilância, interpretado como restritivo. Explica ainda que se retirou do Código Civil francês o termo "guarda", substituindo-o por "autoridade parental", pois se constatou que o pai a quem era concedida a guarda considerava-se detentor de todos os direitos sobre a criança - "os parlamentares expressaram claramente sua vontade de retirar da guarda seu

papel maior.." (p.223).

No Brasil, chama-nos a atenção estatística apresentada pelo Centro Brasileiro de Defesa da Criança sobre desaparecimento de menores de idade<sup>26</sup>: 34,8% correspondem a pais ou mães que fugiram com seus filhos, muitas vezes inconformados com a sentença de guarda. Na campanha para localizar crianças desaparecidas, coordenada pelo referido Centro em acordo com a produção da novela "Explode Coração" (1996, Tv Globo), das setenta crianças que a novela ajudou a localizar<sup>27</sup>, 24 haviam sido raptadas por um dos genitores<sup>28</sup>. Frente a este quadro, constantes são as reportagens que mostram pais desesperados, tentando localizar seus filhos, como um engenheiro que, ao relatar seu drama à reportagem<sup>29</sup>, afirmou que não via a filha de sete anos há quatro anos, já que sua ex-mulher desaparecera com ela. Situação semelhante surge com o depoimento de uma advogada<sup>30</sup> que teve sua filha "subtraída" pelo ex-marido, que exercia a mesma profissão. Ainda em 1998 (10/4), o tema em questão foi apresentado no programa Globo Repórter, em que se expôs a angústia e o inconformismo daqueles que tiveram seus filhos levados pelos ex-cônjuges.

Também ressaltando a mudança de hábitos que desponta na sociedade brasileira, a *Folha de São Paulo* noticiou (15 dez. 1996) a realização do 2º Congresso Internacional da Identidade do Homem, no qual uma das propostas era reunir para discussão pais que cuidam da casa. Segundo depoimento de um dos

---

<sup>26</sup> Vale ressaltar que 36,9% dos casos analisados por esta Organização Não-Governamental referem-se a crianças que abandonaram suas casas devido a maus-tratos sofridos.

<sup>27</sup> Das 70 crianças desaparecidas, 26 haviam saído de casa por maus-tratos.

<sup>28</sup> *Folha de São Paulo*, 26 maio 1996.

<sup>29</sup> *Folha de São Paulo*, 2 abril 1995.

<sup>30</sup> *Revista Mulher de Hoje*, fev. 1998.

organizadores do evento, "o compromisso dos pais com seus filhos mudou muito. O problema é que o pai ainda precisa provar que quer ser pai, e a mulher, não."

Frente a esta argumentação, pode-se recordar THÉRY (1996c, p.75), quando esta chama a atenção para o fato de que é comum aconselhar-se a esses pais que se mostrem "maternais", para poderem assim competir com a mãe no cuidado com os filhos. Aponta, entretanto, que "o ideal de igualdade jamais foi aquele de abolição de diferenças."

### 3.7 - SOBRE OS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS MENORES DE IDADE

Análise sobre o histórico da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, elaborada pelo *Ministério de Cultura y Educacion de la Nacion Argentina* (1994), aponta como primeiro antecedente a Declaração de Genebra, datada de 1924. Com preocupações decorrentes dos efeitos da Primeira Guerra Mundial sobre as crianças, este documento expunha a necessidade de medidas especiais de proteção aos menores de idade.

Em 1959, sob as contingências da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas apresentou a Declaração dos Direitos da Criança, solicitando aos governos que reconhecessem tais direitos. Tentava-se então que os princípios expostos, ao contrário do que ocorrera com os da Declaração de Genebra, fossem cumpridos.

Em 1979, Ano Internacional da Criança, apontou-se a pertinência de

elaboração de um documento que versasse sobre os direitos da criança, o qual deveria converter-se em legislação mundial. Iniciou-se, desta forma, estudo para redação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança com um grupo de trabalho aberto e representantes de diversos países. Após dez anos definiu-se o texto final da Convenção, reconhecida como instrumento jurídico de caráter vinculante, dispositivo que obriga os países signatários a cumprirem o exposto neste documento. Folheto informativo do UNICEF sinaliza que, até 3 de março de 1995, foram 170 os países que ratificaram a Convenção, esclarecendo ainda que essas nações comprometeram-se a revisar suas leis em favor da infância, adequando-as ao disposto nesta normativa.

Visando a acompanhar o cumprimento dos dispositivos da Convenção pelos Estados-Partes, criou-se um Comitê de Direitos da Criança, previsto na parte II do citado documento. Este Comitê é composto por dez membros, internacionalmente reconhecidos por sua competência no campo dos direitos infanto-juvenis, cabendo-lhes receber informes sobre as medidas adotadas pelos países signatários, visando à efetivação das normas fixadas pela Convenção. SAJON (1995) ressalta a importância deste grupo de trabalho, que deve acompanhar as medidas adotadas pelos Estados-Partes para efetivação dos direitos expressos na Convenção, assim como as dificuldades e motivos de tais Estados cumprirem o disposto.

A originalidade desta Convenção é o modo de ver a criança não apenas como objeto de proteção, conforme disposto nos documentos anteriores, mas como titular de um conjunto de direitos civis e políticos. O entendimento da criança como "sujeito de direitos" - e não mais como "objeto de direito" -, conforme define a Convenção, é considerado evolução jurídico-social, na medida em que consagra os direitos fundamentais da pessoa na legislação referente à infância.

Alguns pesquisadores, entretanto, fazem ressalvas quanto a certas

interpretações depreendidas da Convenção. THÉRY (1992) considera que uma leitura atenta deste instrumento jurídico, afastada de qualquer perspectiva ideológica ou política, pode concluir por compreendê-lo como um texto passível, pelo menos, de duas interpretações. Descreve a autora que a expressão "direitos da criança" pode reunir dois sentidos contraditórios. O primeiro, localizado na tradição de proteção, deriva da filosofia do direito dos homens, em que o eixo fundamental é o da aquisição de educação e instrução, por meio das quais se conquista autonomia e responsabilidade. Por esta via, a infância é entendida como uma idade em que se necessita de proteção, havendo pessoas que devem zelar pelos direitos fundamentais das crianças, no caso, seus pais, os grandes responsáveis por operacionalizar esses direitos. Este entendimento compreende a incapacidade jurídica dos menores de idade, noção protetora presente na Convenção de Genebra de 1924 e na Declaração de Direitos da Criança de 1959.

Contrariamente a esta proposta, há os que defendem a autodeterminação das crianças, interpretando a referida noção protetora como opressiva, posição que THÉRY atribui aos denominados "kiddy-libers", que defendem a possibilidade de a criança ser dona de seu destino. Tal visão a autora (1992) interpreta como utópica, na medida em que essa autodeterminação implicaria o exercício não apenas de direitos, mas também de responsabilidades civis. No seu entendimento, portanto, a criança deve ser preparada para tomar-se um cidadão pleno.

Quanto à Convenção, THÉRY (1992) avalia que esta, ao mesmo tempo em que especifica os direitos da criança de acordo com a Declaração de 59, acrescenta a necessidade de proteção dos direitos que eram exercidos pelos representantes das crianças, tais como liberdade de opinião, de expressão, de consciência, de religião - direitos que, segundo a autora, pressupõem a responsabilidade jurídica. Na sua análise, a Convenção emprega a palavra *direito* de maneira indiscriminada, incluindo



os direitos fundamentais, os civis e os culturais, possibilitando assim distintas interpretações do texto. Situa que os defensores destes novos direitos contrapõem-se aos que argumentam a favor da lógica de proteção da criança, denominados pejorativamente de tradicionalistas. Discorda, portanto, do "slogan" comumente verbalizado de que antes da Convenção a criança era considerada como objeto e agora é que pode ser vista como sujeito de direitos. Interpreta ainda que os defensores dos novos direitos "parecem querer dar plena capacidade jurídica às crianças" (p.15), privando-as assim de um direito à infância, já que menoridade e pleno exercício de direitos não são compatíveis.

Observa também nesta normativa a redução dos poderes paternos, em contraposição a um aumento da intervenção do Estado no âmbito privado, daí decorrendo que a proteção deixa de ser um direito primordial da criança, passando a ser avaliada pelo magistrado. Desta forma, estaríamos diante não mais de um paternalismo familiar, mas de um paternalismo de Estado, que arbitra sobre os "verdadeiros" interesses da criança. Tais fatos conduzem a autora a concluir que "passamos de uma noção mágica (o interesse da criança) à poção mágica (os novos direitos)" (p.16).

Além de direitos sem garantias de exercício, a autora interpreta que os direitos expressos na Convenção não se fazem acompanhar de responsabilidades jurídicas, já que crianças e jovens são irresponsáveis juridicamente. No seu entendimento, a Convenção confunde *direito*, no sentido estrito do direito civil, admitindo ainda que os outros direitos elencados, como os de expressão, de associação constituem-se na verdade em "aparência de direitos" (p.17), o que pode conduzir a "uma desqualificação ou banalização da norma jurídica" (p.19), já que grande parte das questões enumeradas como *novos direitos*, na verdade, não são questões jurídicas e, sim, sociais ou políticas.

Entretanto, THÉRY (1996d) faz ressalvas sobre o fato de que o impacto das normas da Convenção não foi o mesmo nos distintos países, permitindo a determinadas sociedades um maior combate à exploração e maus-tratos infantis. No entanto, afirma que na França o impasse surgiu com referência à proteção da criança, conceito este criticado por muitos que, por *sujeito de direitos*, entendiam, ou entendem, que o direito de expressão pode ser traduzido como o de a criança opinar no divórcio de seus pais. Como exemplo, a autora cita o relato de diversos advogados franceses defendendo que, quando a criança possui mais de treze anos, já pode escolher com quem quer residir após a separação de seus pais. Defende THÉRY (1996d, p.3) que não se pode esquecer que "a criança deve ser um sujeito de direitos no sentido específico em que pode sê-lo", ou seja: não é indicado acelerar o desenvolvimento infanto-juvenil, que deve ocorrer em etapas progressivas.

MATHIS (1992) esclarece que a autoridade, ou ainda o emprego desta, tem um caráter simbólico quando se reconhece o lugar daquele que está dando ordens legitimado pelas leis. Por esta ótica, considera que um dos direitos fundamentais da criança é o de estar sob proteção dos adultos, não sendo deixada sem autoridade, por conta própria, na medida em que necessita de referências que lhe serão estruturantes. Cabe, porém, aos adultos, ainda segundo o autor, não permitir confusão, por parte das crianças, entre lei e abuso de poder. O responsável não pode ser, portanto, um tirano, indivíduo que não considera as leis como referência. Para que as leis sejam estruturantes, é necessário que os adultos também as respeitem: "falar dos direitos das crianças é sobretudo falar das responsabilidades dos adultos"(p.5).

Analisando os efeitos dos princípios da Convenção sobre as legislações latino-americanas, GARCIA MENDEZ (1994) aponta que parece comum o fato de se aprovar o texto desta legislação internacional "esquecendo-se de introduzir as

técnicas legislativas” que garantam o seu cumprimento, prática classificada pelo autor como simples “adequação formal-eufemística”(p.83). Contrário a este hábito, GARCIA MENDEZ defende que incorporar os princípios dispostos na Convenção significa assumir as alterações jurídicas e sociais necessárias ao seu cumprimento.

### 3.8 - ENCAMINHAMENTOS LEGISLATIVOS DE ALGUNS PAÍSES E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo DOUGLAS (1998), a reforma sobre o Direito de Família na Inglaterra e País de Gales, ocorrida em 1996, resultou não só do aumento do número de casos de separação matrimonial e dos inúmeros debates relativos à situação dos filhos de pais separados, mas também das recomendações da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. A nova legislação inglesa propõe uma outra visão sobre o divórcio, priorizando no processo as questões emocionais envolvidas, extinguindo o conceito de divórcio por falta e introduzindo a prática da mediação. As acusações sobre quem é o culpado pela separação devem agora ser substituídas por períodos reflexivos, que devem ocorrer antes do término legal do casamento, quando os casais são encorajados a examinar as questões referentes à falência da relação conjugal e suas conseqüências, discutindo também sobre os acordos que repercutirão no cotidiano do pós-divórcio.

“Isso reflete até um certo ponto a noção de que o divórcio deve ser entendido como um processo emocional tanto quanto um ato legal, ou um *status* legal; mas também ilustra um sentimento de desilusão com a lei, ou mais precisamente com os advogados e o processo legal – como um instrumento para atingir a desunião decorrente do divórcio.” (p.158)

Comprovou-se naquele país que o uso da mediação como um procedimento-padrão no "período de reflexão" (p.159) colabora também para reduzir custos legais institucionais no processo de divórcio.

Segundo KHAZOVA (1998), o novo Código de Família russo, datado de 1995, simplificou consideravelmente o processo de divórcio, bastando, para isto, a concordância dos cônjuges. A partir daí, não há mais tentativas ou audiências de reconciliação. No entanto, o casamento não é extinto enquanto persistem problemas relativos à manutenção e à fixação de residência das crianças, com vistas a sua proteção. Sabe-se, no entanto, que muitos pais compareciam à audiência e omitiam as dificuldades quanto aos procedimentos referentes à custódia, sendo necessárias, algumas vezes, investigações judiciais.

Ainda nesse mesmo Código, afirma KHAZOVA (1998) que pela primeira vez há indicação para se observarem os direitos das crianças e, em decorrência, serem elas tratadas como sujeitos de direito e, não, como "objetos da autoridade parental" (p.377) - visão que prevaleceu por muitos anos, quando as crianças só eram vistas através de seus pais, não havendo lugar para direitos e interesses infanto-juvenis. Seguindo este rumo, o Novo Código leva ainda em conta a opinião da criança, segundo seu melhor interesse. Acrescenta a autora que este capítulo está embasado pela Convenção, que, a partir de 1990, começou a ser seguida naquele país.

Citando as normas relativas ao Direito de Família vigente na Bósnia e Herzegovina, BUBIC (1998, p.59) ressalta a necessidade atual de mudanças nesta legislação, inclusive para adaptá-la aos princípios da Convenção Internacional. Com este objetivo, estudos vêm sendo realizados desde 1994, mas, até a publicação do artigo pela autora, a reformulação não havia sido efetivada. Informa que a legislação naquele país já aboliu o conceito de divórcio por falta, porém não permite a custódia conjunta ou o seu compartilhamento, sendo possível, no entanto, que, em famílias

com mais de um filho, a custódia destes seja dividida entre os genitores, respeitado sempre o critério de interesse da criança. O pai que detém a custódia possui também os direitos sobre a criança. Ainda de acordo com essa legislação, os direitos do genitor descontinuo não cessam, porém ele não os exerce.

OLIVEIRA e CID (1998) esclarecem que, em Portugal, a partir de 1995<sup>31</sup>, o divórcio por consentimento mútuo pode ser requerido em cartório. Caso os cônjuges tenham filhos menores, o exercício da autoridade parental deve ser regulado juridicamente, indicando-se que um relacionamento bastante próximo deve ser mantido entre a criança e o genitor que não possui a custódia.

Com a preocupação de aplicar na Espanha a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, foi promulgada, em 15/01/96, uma Lei Orgânica, relativa à proteção legal dos menores de idade, alterando parcialmente o Código Civil e a Lei de Processo Civil. A Lei de 1996 encontra-se em conformidade com as recomendações da Convenção, ratificadas pela Espanha, a partir do entendimento de que alterações substanciais devem ser empreendidas na ótica de proteção aos menores de idade, segundo explica CANTERO (1998), professor da Universidade de Zaragoza. Ao mesmo tempo, contesta o autor que os direitos referenciados na Convenção não encontram respaldo na legislação civil daquele país.

Na Alemanha (FRANK, 1998), os pais têm o direito de obter a custódia conjunta, desde que sejam casados, apesar da discussão sempre presente quanto à operacionalização deste procedimento. Ilustra o autor que, por muito tempo, o ponto-de-vista predominante era de que, após o divórcio, a guarda deveria ser atribuída apenas a um dos genitores, uma vez que o Código Civil germânico proibia a prática da guarda conjunta. Após 1982, a Corte Federal daquele país determinou que,

---

<sup>31</sup> Decretos-Leis 131/95 e 163/95.

quando os pais, após o divórcio, decidem pela manutenção da custódia conjunta e esta não contraria os interesses da criança, o Estado não deve fazer objeção, apesar de algumas cortes ainda se mostrarem relutantes a essa prática. Enquanto alguns tribunais entendem que este é o caminho na busca do melhor interesse da criança, outros ainda preferem a guarda monoparental.

Cita o autor que pesquisa realizada no país, no período de 1994/1995, aponta que a guarda conjunta foi atribuída a 17,07% dos divórcios, enquanto a materna foi a solução encontrada em 74,64% dos casos. Para ele, o percentual referente à guarda conjunta já aponta um início de mudança. Informa ainda que o encaminhamento jurídico atual no país parte do entendimento de que os pais - caso não queiram a permanência da custódia conjunta após o divórcio - devem expressar esta decisão no processo de divórcio. Se não o fizerem, a custódia conjunta permanecerá, como acontecia na vigência do casamento.

No Canadá, segundo BAILEY et BALA (1998), professores da Faculdade de Direito da Queen's University, em Kingston, as leis sobre custódia estão sendo alteradas, pensando-se principalmente na relação da criança com o pai que não detém a custódia. Apesar de se reconhecer como direito o acesso aos dois genitores, considera-se também impossível forçar um pai a visitar o filho. Dúvidas quanto à argumentação correta a ser seguida juridicamente, nas disputas sobre posse e guarda, também são motivo de freqüentes debates, assim como os prejuízos emocionais para uma criança que perde a convivência com o pai.

A atual Constituição da República da África do Sul foi promulgada em 4/02/97. De 1994, após a eleição que elevou ao poder o Congresso Nacional Africano, até 1996, uma Constituição interina foi adotada. Neste período, tomaram-se diversas decisões com referência ao Direito de Família, decisões estas que influenciaram efetivamente a discussão da Nova Constituição. Agora os direitos das

crianças são assegurados de acordo com as determinações da Convenção Internacional, com indicações para que os melhores interesses da criança sejam garantidos. Alerta SINCLAIR (1998) que esses interesses não podem deixar de estar relacionados a particularidades regionais africanas, onde se convive com distintas visões sobre família. Faz ressalvas de que os direitos da criança não podem colidir com os de seus pais e que esforços devem ser empreendidos para garantir às crianças o direito de serem educadas pelos dois pais, conforme disposto na Convenção.

Na Suécia, segundo AGELL (1992), o único motivo atribuído ao divórcio é a vontade de um dos cônjuges de encerrar o casamento, sem quaisquer distinções, já que a legislação específica daquele país baseia-se no princípio da igualdade absoluta dos cônjuges. A guarda de crianças muito jovens, por exemplo, passou a ser, para a sociedade sueca, fator de preocupação, relacionada à grande incidência de mães que trabalham fora. Visando-se a adequar a legislação às necessidades infantis, uma nova lei foi promulgada naquele país em 1988 (na época já estava disponível o pré-texto da Convenção), fundada no princípio da igualdade dos cônjuges, na medida em que praticamente todas as mulheres têm renda própria, fruto de seu trabalho. A legislação sueca também deixa a critério do casal a escolha de qual dos dois irá usufruir da licença-maternidade para cuidar do recém nascido. Citando a legislação de 1990, o *Code on Parents, Guardians and Children*, SALDEEN (1995b) explica a tentativa da legislação de esclarecer sobre o melhor interesse da criança, no capítulo 6, seção 6ª: "na determinação do que é melhor para a criança a Corte deve fornecer particular atenção às necessidades infantis de ter próximo e bom contato com ambos os pais" (SALDEEN, 1995b, p.383). Indica o autor que a preocupação agora, nos casos em que não é possível a guarda conjunta, é de que a criança permaneça com o genitor mais permissível, ou facilitador do acesso da

criança ao outro. Cita inclusive casos em que - se comprovado que a mãe, detentora da guarda, impede ou, ainda, sabota o acesso da criança ao pai -, se este solicitar a guarda, terá grandes probabilidades de consegui-la. Ressalta que a Suprema Corte daquele país declarou, baseada no *Code on Parents, Guardians and Children*, que "nenhum dos pais por razão de seu sexo é mais indicado como guardião do que o outro" (SALDEEN, 1995b, p.383)

KATZ (1998), Professor da Faculdade de Direito do Boston College Law School, relata que uma das dificuldades para exposição sobre as leis que regem o casamento nos Estados Unidos é o fato de que não existe uniformidade legislativa nos diferentes Estados, na medida em que as leis são de atribuição estadual e, não, federal. Apesar disto, o autor informa que os temas referentes ao Direito de Família vêm sendo insistentemente debatidos no país, questionando-se principalmente a interferência do Estado na autonomia dos cônjuges.

Nos Estados Unidos, folhetos informativos procuram apresentar aos pais o que seria a guarda conjunta. O Boletim da *Association of Family and Conciliation Courts* esclarece, por exemplo, que a guarda conjunta, ou "joint custody", não significa uma guarda física, mas um conceito legal, que permite aos pais compartilhar a responsabilidade sobre a criança, mesmo que estejam separados, com maior equidade no cuidado dos filhos, se comparado à guarda monoparental. Na explicação do termo "joint custody", NICK (1997, p.135) esclarece:

"... nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês)."



Aponta também o autor a adequação quanto à distinção entre guarda jurídica ("joint legal custody") e guarda física ("joint physical custody"), esclarecimento também apresentado por WALLERSTEIN et KELLY (1998). A guarda jurídica conjunta implica a decisão, por ambos os pais, dos assuntos relacionados aos filhos, mesmo após a separação. A guarda física pressupõe que os pais devem estabelecer acordos para que cada um passe o maior tempo possível com os filhos, o que não precisa resultar em uma divisão absolutamente equânime do tempo que cada genitor permanece com a criança. Os autores criticam a padronização normalmente utilizada quanto à custódia de filhos na rotina empregada pela Justiça. A sobrecarga atribuída pelos tribunais a um dos genitores desqualifica o outro, psicologicamente, perante a criança, em especial nas situações em que este gostaria de uma participação maior na vida dos filhos.

No estudo do modelo norte-americano da guarda conjunta, NICK (1997, p.137) cita três principais vantagens desta atribuição, relacionadas por teóricos daquele país, que podem ser resumidas nos seguintes pontos:

1. estreitar o relacionamento entre pais e filhos;
2. facilitar o cuidado dos filhos pelo pai após a separação;
3. diminuir as inesgotáveis responsabilidades das mães, colaborando para que estas consigam estabelecer nova rotina de vida.

Ainda em seu levantamento sobre a atribuição da guarda conjunta nos Estados Unidos, NICK (1997, p.138) informa que:

"a maioria dos estados americanos tem leis que incluem a guarda conjunta no leque de opções de custódia, e outros como a Califórnia, cuja legislação da preferência a este tipo de arranjo."

Acrescenta que no Colorado esta modalidade de guarda é indicada em 90% a 95% dos casos, percentual que decai na Califórnia para 80%. Já no Distrito de Colúmbia, o procedimento comum é de que o juiz determine a guarda conjunta, a despeito de existir ou não mobilização dos pais para tal; a não ser que haja evidência de prejuízos para a criança com esta medida.

Diante deste quadro, há que se esperar que as discussões sobre este modelo de guarda sejam freqüentes, havendo constante preocupação com informações e esclarecimentos que devem ser repassados aos pais. Com este objetivo, diversos são os denominados grupos de auto-ajuda, rede de apoio semelhante à existente na Europa, como a "Associação de famílias monoparentais", localizada na França. NICK (1997, p.138) cita a existência de quatrocentos programas de educação para pais em quarenta Estados americanos, o que faz pensar que simplesmente não se espera que as pessoas mudem seus hábitos, suas convicções, para alterar a lei, ou seja: existe uma série de campanhas informativas, de esclarecimento, que se propõem facilitar a compreensão dos impasses vivenciados. WALLERSTEIN et KELLY (1998), concordando com a indicação de orientação aos pais em processo de separação ou já divorciados, observaram em sua pesquisa que é comum o divórcio ser comunicado aos filhos de forma inadequada, sem oportunidade para que se expressem, sem informação de como deverá ser o futuro ou como se dará o relacionamento com ambos os pais. Constataram também que geralmente os filhos respondem ao anúncio do divórcio com apreensão ou raiva, ressentindo-se muito com a partida do pai.

## **4 - CRITÉRIOS NORTEADORES NA ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS**

### **4.1 - INTERESSE DA CRIANÇA E DIREITOS DA CRIANÇA**

Em função da importância atribuída inicialmente ao critério de interesse da criança no Direito de Família, acrescido do elenco de direitos relacionados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pretende-se analisar os princípios que relacionam as necessidades infantis frente à disputa de guarda por pais separados, na medida em que se percebe como necessário um maior conhecimento dos critérios norteadores dessas disposições.

#### **4.1.1 - Nos Eixos Geométricos**

Colocar a criança nos eixos soa como uma frase que imediatamente nos remete à autoridade dos genitores. No entanto, a discussão agora não se refere aos poderes paternos e, sim, à responsabilidade parental, a partir da representação dos direitos infantis disposta na Convenção, em que se desloca um entendimento

histórico inicial de que crianças seriam sujeitas aos direitos de seus pais.

Podemos aqui assinalar o texto de LEGRAND (1990), que, com referência à relação entre pais e filhos presente até início do século XIX, recorda que esta se baseava apenas em um eixo vertical, representando a autoridade. Explica-nos ainda o autor que, naquela época, a distância existente entre estas duas gerações era um caminho que cabia apenas ao pai encurtar, independentemente da idade do filho. Interpreta, portanto, que este "não era um movimento evolutivo, mas resolutivo", já que era o genitor quem permitia a evolução da criança. A referência à palavra pai, nesse contexto, representa exclusivamente o genitor do sexo masculino.

A partir da segunda metade do século XIX, inicia-se um discurso a favor da proteção da infância, conforme explicitado anteriormente. Passa-se a valorizar esta faixa etária a partir do eixo da evolução, o qual LEGRAND arquiteta como horizontal, na disposição das dependências e necessidades infantis. Na representação de gênero, este eixo seria feminino, já que cabe preferencialmente à mãe suprir tais necessidades. Explica o autor que os estatutos jurídicos referentes à infância tradicionalmente se encontravam no eixo das necessidades, oferecendo-se, em decorrência, diversas instituições para a proteção dos menores de idade. O mesmo autor sublinha que a Convenção Internacional considera não apenas o eixo das necessidades, mas também o da autoridade, agora acrescido da referência aos novos direitos.

BAILLEAU (1988, p.18) descreve que etimologicamente "enfant" deriva do latim "infans", sendo que *in* significa *non* (não) e *fari, parler* (falar), atribuindo-se inicialmente ao "enfant" o lugar daquele que não fala. Esta significação também foi analisada por LASCoux (1988, p.164), no reconhecimento de que "desde o direito romano a criança é calada, não possuindo o verdadeiro poder que anima a Justiça, o da palavra."

Na análise do critério específico de interesse da criança<sup>32</sup>, BAILLEAU (1988) propõe uma investigação histórica inicial deste conceito, que funciona como instância de regulação social, sem, contudo, constituir uma noção jurídica. Trata-se de um critério usado juridicamente sempre que a situação da criança (um jovem infrator, um menor de idade a ser adotado ou filhos de pais separados) requeira a intervenção do magistrado. Visando a assegurar um adequado desenvolvimento infantil, a Justiça faz sua intervenção, representando o Estado na ordem social. No entanto, trata-se de um operador que se refere a uma predição, estabelecendo, através de avaliações - muitas vezes calcadas em sistemas de valores ou em representações do que deva ser um sistema familiar -, o que pode ser melhor para o futuro da criança. Objetivando responder a essa indagação, o juiz recorre a profissionais das ciências humanas (psicólogos, assistentes sociais, educadores), solicitando estudos para subsidiar sua decisão.

Da concordância quase unânime sobre a importância do critério de melhor interesse da criança, passa-se a debater a cisão na lógica referente a esta noção. O discurso dos diferentes interventores (magistrados, assistentes sociais, advogados, pais) aponta a diversidade de interpretações na suposição do melhor interesse da criança, gerando dúvidas constantes. Acrescente-se ainda que tais estudos encontram-se, muitas vezes, baseados em uma certa noção de normalidade, estabelecida frente a uma homogeneidade cultural. A partir desta ótica a criança torna-se "objeto de direito", definindo-se as noções de proteção, educação e melhor interesse. Contrapõe o autor o funcionamento familiar do início do século XIX - quando a criança era totalmente submetida à autoridade paterna -, à organização familiar atual, em que a unanimidade dos códigos jurídicos ocidentais considera

---

32 O interesse da criança pode ser também expresso pelo termo "a bem da criança" (LAHALLE, 1990).

como prioritárias as intervenções que objetivam o cuidado e o bem-estar da criança.

Aludindo à figura geométrica do triângulo, utilizada pela psicanálise, BAILLEAU (1988) pondera que, para a sociedade do início do século XIX, a figura paterna ocupava o ápice do triângulo, enquanto no século XX este lugar é ocupado pela criança. Passa-se da noção de poder paternal à de autoridade ou responsabilidade parental.

"O operador desta transformação, de emergência desse novo olhar sobre a criança ao fim do século XIX, teria sido o desenvolvimento de técnicas de educação e de observação psicossocial em um ambiente sócio econômico em plena mudança." (BAILLEAU, 1988, p.14)

O critério de melhor interesse da criança junto ao Direito de Família apontava inicialmente para a possibilidade de averiguação individual de necessidades infantis frente à separação dos pais. Emergiram, em decorrência, diferentes visões sobre o que seriam necessidade e interesse da criança, no contexto da separação parental. O questionamento sobre o preparo dos operadores jurídicos para avaliação desse critério acarretou a participação de diferentes interventores, também no Direito de Família. Inicialmente, emitiriam laudos, ou pareceres psicossociais; "falariam" pela criança, transmitindo ao juízo os sentimentos, angústias e dificuldades dos infantes. Indicava-se, dessa maneira, o melhor interesse dos menores de idade, frente à exclusiva possibilidade de guarda monoparental.

Não se pretende desprezar a importância do critério de melhor interesse, ao se apontar a necessidade de serem levadas em conta questões específicas dos menores de idade. Dispõe-se que, sempre que esse interesse o exija, a criança deve ser objeto de proteção especial. No entanto, a aplicação desse critério tornou visível a subjetividade presente nesta avaliação.

"Esta noção repousa sobre um postulado: a existência de uma certa homogeneidade cultural, normativa, de um acordo mínimo sobre o lugar e a situação das crianças no seio da família e da sociedade, na qual o magistrado é o intérprete do Estado." (BAILLEAU, 1988, p.20)

Pesquisa empreendida por NEYRAND (1994), no início da década de 90, com juízes de família franceses, aponta o interesse da criança como noção primordial para a determinação judicial. Avaliado de maneira distinta pelos diferentes magistrados, propiciava interpretações subjetivas, justificando decisões atribuídas, principalmente, ao referencial psicológico.

COCHET (1996) adverte sobre a ideologia impregnada na noção de interesse da criança. Algumas questões alegadas não são aceitas pelos juízes; outras, que até há alguns anos não eram acatadas, não constituem mais impedimento em relação à guarda, como a homossexualidade de um dos pais. Exemplos também são citados por NEYRAND (1994, p.133), quando do relato de alguns juízes franceses ao considerarem que, mais ou menos até os seis anos, a criança deveria permanecer com a mãe, por motivo atribuído à Psicologia.

LASCOUX (1988) entende que nos dias de hoje existe uma certa confusão entre *interesse* e *direitos da criança*<sup>33</sup>, a primeira noção quase sempre impregnada da ótica paternalista do que deve ser vantajoso para uma pessoa. Atenta ainda a autora para o dado de que tal noção é antiga, já tendo sofrido reformulações. Atualmente perpassa por várias áreas do Direito, em que é utilizada quando se refere

<sup>33</sup> No evento A Criança e seus Direitos: Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Menores em Debate, realizado na PUC/RJ, em 1989, o Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva aponta dificuldade em discernir a noção de *sujeito de direito* da de *objeto de direito*. "Quando se diz que o Código de Menores tem o menor como sujeito de direitos, com todo respeito, eu discordo. O menino aqui é colocado como objeto de direito." (ARANTES, E; MOTTA, M. E., 1990, p.26)

a filiação, autoridade parental, divórcio, assistência educativa, atos infracionais, etc. No estudo da origem da expressão, a autora observa que esta remete ao Direito Penal.

"Nada é mais impreciso que a terminologia interesse da criança, juntando dois substantivos à múltiplas acepções. A criança, definida negativamente como aquele que não tem direito a palavra, e o interesse, quer se enfeite dos atributos mais diversos, serão morais ou materiais." (LASCoux, 1988, p.164)

#### 4.1.2 - Sujeito de Direitos

A argumentação de que o "melhor interesse da criança" é uma noção vaga, freqüentemente apoiada em uma situação de fato e não de direito, acarretou a necessidade de formulação de um elenco de direitos da criança, a partir dos direitos do homem. Agora, trata-se de princípios vistos como objetivos e que mais uma vez alterariam a ótica sobre a criança - de objeto de direitos a sujeito de direitos, com a preocupação de preservação dos direitos fundamentais da pessoa, pertinentes à infância. Na verdade, observa-se que, tendo-se começado a nomear, em um sentido universalizante, os interesses da criança, estes transformam-se em direitos.

THÉRY (1988, p.151) cita o *Relatório Betslaw*, redigido em Quebec em 1976, que já sugeria a abolição da noção de interesse da criança, em favor da definição de seus direitos.

A questão do interesse da criança em conservar relações pessoais com ambos os pais passa a ser reconhecida como um direito, que SAYN (1993, p.23)



relaciona à existência do vínculo de filiação. Interpreta ainda que, de acordo com a Convenção, "o direito a manter as relações pessoais não consiste em um direito civil, mas em um direito do homem" (p.23). Defende também que, após a Convenção, o entendimento é de que o interesse da criança está em manter o relacionamento pessoal com os pais, assinalando aí uma nova visão que requer o emprego de ferramentas jurídicas distintas.

SALDEEN (1991), na análise de questões discutidas na Suécia com referência à guarda de filhos de pais separados, explica que muita atenção tem sido dada, no meio jurídico, ao direito de acesso da criança ao genitor descontínuo. Em decorrência dos resultados positivos frente à guarda conjunta, introduziu-se a possibilidade de serem oferecidas aos pais em processo de separação "conversas cooperativas", das quais participam profissionais qualificados, na tentativa de discutir sobre a possibilidade da guarda conjunta. Em artigo publicado em 1995, o mesmo autor informa que, em 1993, foi criada na Suécia uma *Comissão de Disputa Custodial*, à qual caberia investigar o efeito das "conversas cooperativas", que passaram a ser realizadas após 1991. Aponta SALDEEN (1995) que uma das conclusões da Comissão refere-se ao fato de que, em 1993, em 80% dos casos em que houve a "conversa cooperativa", os pais conseguiram chegar a um acordo sobre a guarda.

Também na análise da importância da acolhida da criança pelo genitor descontínuo, BASTARD et CARDIA-VONÉCHE (1996) apresentam em seu texto o funcionamento dos denominados "pontos de reencontro", instituições que visam a garantir o direito da criança de estar com seus dois pais, caso não seja possível a atribuição da autoridade parental conjunta ou um dos genitores seja impedido judicialmente de permanecer só com a criança. FRÉDEFON (1993) acrescenta que a idéia de organização desses mecanismos surgiu de um grupo multiprofissional ao

constatar o sofrimento de filhos de pais divorciados, privados de encontros parentais. Apresenta os pontos de reencontro como lugares onde pode ser exercido o direito de visita, com ajuda de especialistas ou, ainda, um espaço de reestruturação desse vínculo. A partir do que for estabelecido pelo Juiz de Família, realiza-se nesses locais o encontro do pai com o filho, contribuindo-se também para a separação simbólica de uma relação exclusiva com a mãe. Traduz-se o suporte da lei social na contribuição para a estruturação da lei simbólica. Observa-se, portanto, que tais mudanças na atribuição da autoridade parental, aliadas à noção de direitos da criança, conduzem a alterações também nas funções dos profissionais que, no âmbito jurídico, lidam com tais questões. Agora a preocupação maior deve ser a de proporcionar à criança o encontro com os genitores, em vez do trabalho centrado na avaliação do melhor pai.

Outro recurso, na França, identificado com o objetivo de fornecer esclarecimentos e suporte emocional aos pais separados, é a denominada Associação de Famílias Monoparentais, que, além de distribuir folhetos explicativos sobre os principais pontos referentes ao divórcio, cria grupos de reflexão para os interessados. Frente à diversidade de situações e modelos familiares que presenciamos, defende GILLOT (1998, p.12) que se deve oferecer aos pais um espaço de escuta, independentemente do lugar onde este irá funcionar: uma biblioteca, um hospital ou até mesmo em instalações do Poder Judiciário.

A desorientação de muitos pais frente a modelos ou comportamentos a serem seguidos após a separação também foi constatada na pesquisa do "Children of Divorce Project" (1998), fato que motivou os profissionais a promoverem encontros com os pais. Nessas ocasiões, uma série de questionamentos eram apresentados pelos genitores, que necessitavam de novos parâmetros para refletir sobre a estrutura familiar, modificada após a separação.

Na era dos "bytes" e "rams" os "internautas" também já possuem um

programa, criado por norte-americanos, para a denominada negociação de custódia. Em 11 de novembro de 1998, a *Folha de São Paulo* publicou, no Caderno Informática, matéria com o título "Divorciado ganha ajuda on line" (p.5), em que apresenta o programa "Kid Mate". Este plano de visitas "on line" visa a estabelecer um cronograma e apontar o número de horas que o pai e a mãe separados passaram com seus filhos, sugerindo ainda a utilização deste recurso para comprovação na Justiça do tempo em que cada um se ocupa dos filhos.

A alusão à sofisticação destes "softs" faz recordar a crônica escrita por PALATNICK<sup>34</sup>, denominada "Pais separados, filho dividido", que tem início com o seguinte diálogo:

- "Espera na portaria que eu ainda tenho 19 minutos com o meu filho, Lígia.
- 19 não. Pode descontar 10 minutos daí!
- Que dez minutos?!
- Daquela noite que você devolveu ele dez minutos atrasado...." (p.14)

Quanto à liberdade de opinião relacionada na Convenção, depreende-se que a expressão própria é um dos direitos atribuídos à criança. Refere-se a uma preocupação em ouvi-la, em associá-la ao processo jurídico do divórcio, no qual ela é um dos elos essenciais - o que não significa que deva depor contra ou a favor dos pais ou ainda tomar a decisão final. THÉRY (1992) chama a atenção para a possibilidade de a expressão própria da criança gerar culpa por haver escolhido permanecer com um dos pais. Acrescenta ainda que a separação é imposta à criança, nem sempre de acordo com suas necessidades ou interesses. Por esta via,

---

<sup>34</sup> *O Globo*, 21 nov.1998.

ouvir a criança, esperando-se que ela manifeste seu desejo, pode ser falso. Informa a autora que o artigo 12, §2º da Convenção produziu alterações na legislação francesa, agora optando-se pela necessidade de se levarem em conta os sentimentos expressos pela criança, em vez de somente escutá-la, como ocorria anteriormente - o que, segundo o entendimento da autora, seria distorcer a questão. Acrescenta que, no sentido jurídico, o direito de opinião concedido à criança não é um verdadeiro direito, na medida em que, se o juiz decide por não ouvi-la, não existe mecanismo jurídico para se alterar essa decisão e se fazer valer esse "direito da criança". MATHIS (1992) também demonstra preocupação com algumas interpretações sobre a Convenção, que, na verdade, contribuem para ressaltar os direitos das crianças em contraposição aos de seus pais, como no artigo 12, que pode obrigar a criança a tomar posições em desacordo com o seu desenvolvimento. DOLTO (1989) compartilha esse pensamento, explicando que a criança deve ser ouvida pelo Juiz, o que não implica que a decisão da guarda seja estabelecida segundo a vontade desta.

Escutar a criança deve ser entendido a partir da significação de que ela é membro da família e pode ter vontade de falar sobre o que se passa com ela e seus familiares ou, ainda, de tirar dúvidas sobre a situação que está vivenciando. Contrariamente ao "cale-se" - imposto até o início do século XIX, através de uma postura de submissão representada geometricamente por LEGRAND e BAILLEAU pelo segmento de reta ou o vértice do triângulo -, percebe-se hoje que, na formação do cidadão, torna-se importante o encorajamento da expressão própria, desde a tenra idade.

"O divórcio é tão honroso quanto o casamento. De outro modo, todo o silêncio feito em torno dele fica sendo, para as crianças, como se o divórcio fosse uma sujeira..."(DOLTO, 1989, p.26)

Talvez para contrapor o entendimento de que "enfant" significa aquele que não fala, não tem voz, a Convenção (art.12) preocupou-se em atribuir especial significado ao fato de a criança ser ouvida.

MATHIS (1992), ao analisar possíveis ambigüidades referentes à Convenção, assinala que se deve tomar cuidado ao interpretar este instrumento, pois defender o direito da criança não significa colocá-la contra seus pais ou, ainda, antecipar seu desenvolvimento, forçando-a a posicionar-se em questões judiciais. Dados fornecidos pela pesquisa do "Children of Divorce Project" revelam que um ano após a separação só 20% dos menores de idade entrevistados estavam relativamente satisfeitos com o esquema de visitação imposto. Se o entendimento atual aponta que a visitação deve ser percebida como um direito da criança e não dos pais, esse percentual de satisfação tão baixo pode ser preocupante.

BIOT-CROZET (1996) relata que, enquanto advogado de casais em processo de separação, solicita-lhes que levem os filhos a seu escritório para conversar com eles. Caso perceba que os pais estão manipulando os filhos, mostra isso aos clientes. Descreve ainda que "não pode mais aceitar entrar no jogo dos adultos sem conhecer as repercussões sobre as crianças" (p.45). Ao ouvi-las, percebe que todas compartilham de um mesmo sonho: que seus pais voltem a viver juntos - a não ser em situações de violência física, dado também recolhido por WALLERSTEIN et KELLY (1998). Considera, portanto, que o papel do advogado para com o cliente é o de ser claro, sem, no entanto, tornar-se cúmplice. CAZAUX (1995), na análise da arte de julgar, defende a necessidade de a justiça garantir os lugares estruturais na ordem genealógica, depreendendo que a uma criança não pode ser pedido que assuma o lugar ou as responsabilidades de seus pais. Crianças não podem ser inteiramente livres, desgarradas de suas famílias ou pessoas cujos desejos o juiz deva ouvir e transformá-los em sentença. Não podem ser sujeitos de direitos afastados de sua

filiação.

THÉRY (1996d) assinala que é um direito da criança ter "um tempo de irresponsabilidade e de aprendizado", caso contrário concede-se a esta o "status" de um pequeno adulto, situação que pode ocorrer quando se desloca para a criança a escolha de com qual dos genitores deseja residir. Ao mesmo tempo, não se deve colocar a criança como escudo que permita legitimar leis, comportamentos ou costumes diversos. Matéria veiculada pelo *Jornal do Brasil* (28 jun.1997) sobre a regulamentação do divórcio no Brasil reproduz declaração de dois jovens, filhos de pais separados, e suas respectivas percepções acerca do processo. Um dos entrevistados, apesar da maioridade, ressalta o quanto sofreu com pressões familiares para que tomasse partido de um dos pais em detrimento do outro, comportamento seguido pelas irmãs. Quanto ao outro depoimento, de uma adolescente de 14 anos, além da queixa pronunciada em referência a constantes inquietações sobre de quem gostava mais, o fato de ter que comparecer ao Fórum, para verbalizar sobre o comportamento dos pais, foi sentido como incômodo e desagradável.

As freqüentes crises e angústias vivenciadas por alguns pais separados, conforme amostra do "Children of Divorce Project" (WALLERSTEIN et KELLY,1998), eram identificadas como perturbadoras para muitos adolescentes que indicavam a necessidade de conviver com pais firmes, que pudessem apoiá-los nas crises de desenvolvimento. Alguns jovens chegavam a expressar que eles é que estariam servindo de suporte para o genitor carente - responsabilidade que, muitas vezes, não se sentiam prontos a assumir. Também com referência à importância da manutenção dos lugares estruturais dispostos na ordem genealógica, esses pesquisadores observaram que muitos adolescentes apresentavam angústias frente à pouca idade dos novos companheiros dos pais. "Alguns desses relacionamentos chegaram

perigosamente perto de cruzar as linhas geracionais" (p.101), fato que causou fortes fantasias sexuais dos filhos em relação aos pais. Muitos comportamentos destes diante da nova vida apontavam para questões comuns no período da adolescência, como residir sozinho, namorar, o que, aliado às grandes alterações no estilo de vida e no cuidado dos filhos, acarretava uma indefinição dos papéis parentais para estes jovens.

Definia-se, portanto, uma indeterminação referente aos direitos da criança, quando alguns autores argumentam que esta também se mostra como uma noção problemática. MALLET et MOUNIER (1992) ressaltam que, para o entendimento deste conceito, não é suficiente que se somem as palavras "direito" e "crianças", concepção que THÉRY (1988, p. 157) define como um "mau debate".

#### 4.2 - DEVERES E DIREITOS PARENTAIS

No que se refere ao Direito de Família, THÉRY (1988) retrata que o critério do interesse da criança impôs-se no direito francês, a partir do abandono da noção de falta conjugal, relacionada à atribuição de guarda dos filhos. Naquele país a autoridade judiciária não deve levar em conta a culpa ou a falta cometida pelos pais, na hora de decidir sobre a guarda.

GEORGE et PERDRIOLLE (1996), em uma análise retrospectiva da legislação francesa, informam que, até 1970, o poder paternal era exercido apenas pelo pai na vigência do casamento. Em caso de divórcio, a guarda da criança era confiada ao esposo inocente. A partir daquela data foi reconhecido o poder paternal dos dois

genitores no casamento. Em 1975, passou-se a confiar a guarda de filhos de pais separados segundo o melhor interesse da criança, extinguindo-se o critério decorrente da culpa. Em 1987, através da denominada *Loi Malhuret*, o juiz pôde decidir pela autoridade parental exercida em conjunto, após o divórcio. Finalmente em 08/01/93, a legislação dispôs que, quando um casal se separa, em princípio, os dois genitores exercerão em conjunto a autoridade parental, mesmo nos casos em que a separação não é amigável. O exercício unilateral só ocorrerá em casos nos quais a autoridade parental conjunta seja contra-indicada para o desenvolvimento infantil.

O consenso inicial em torno da proposta de assegurar proteção à criança relativiza-se, quando despontam discussões sobre alterações em matéria de guarda e diferentes interpretações sobre necessidades das crianças, frente à separação de seus pais.

"Os debates sobre as inovações em matéria de guarda (guarda conjunta, guarda alternada), onde cada um dos protagonistas podia brandir sua concepção de interesse da criança, aumentaram as confusões..." (THERY, 1988, p.149)

THÉRY (1988) ressalta, entretanto, que, no Direito de Família, a noção de *direitos da criança* substituindo a de *interesse da criança* não trouxe progresso na condução das questões pertinentes. Observa ainda que o debate sobre interesse e direitos da criança não se apresenta produtivo, se isolado do entendimento sobre deveres e direitos parentais. Esta linha de argumentação também é defendida por MATHIS (1992), que identifica os direitos da criança como intimamente relacionados aos papéis, direitos e deveres de homens e mulheres na sociedade. Alerta ainda para o dado de que a criança tem direito a uma lei que seja estruturante.



WALLERSTEIN et KELLY (1998, p.218) indicam que, para uma análise sobre o divórcio, deve-se necessariamente avaliar o impacto deste sobre cada um dos membros da família. Destacam a importância, percebida no decorrer do projeto, de as crianças poderem discutir ou expor assuntos relacionados a sua vida, após o divórcio dos pais, assim como as questões vinculadas e que lhes causavam preocupação.

THÉRY (1988) propõe um exame da função do Direito como garantia de inscrição do sujeito na sua genealogia e, mais amplamente, do indivíduo no social. Acrescenta a importância de se pensar também na "redefinição da parentalidade" (p.151), quando o modelo de família nuclear não se constitui na única referência, face ao grande número de divórcios e recasamentos na sociedade atual. Neste sentido, enquanto os pais biológicos muitas vezes assumem o papel de pais de fim-de-semana após a separação conjugal, outros, ao casar ou coabitar com mulheres que são mães, assumem o papel de pais-substitutos. A autora reluta também em aceitar a noção de interesse da criança como critério exclusivo para atribuição de guarda. Chama atenção para o fato de que as aspirações e vontades dos pais são vistas como "tabus", a partir da prioridade dada ao interesse da criança. Sugere que a visão da família como um conjunto, mesmo após a separação, deve nortear a questão, argumento também utilizado por NEYRAND (1996).

"Confunde-se frequentemente as necessidades, interesses e direitos da criança, e o fato de só olhar a criança, como se os outros interesses e necessidades em jogo em uma ruptura fossem, por sua própria existência, contraditórios aos da criança." (THÉRY, 1988, p.157)

COCHET (1996) também compartilha o entendimento de que é incorreta a noção de que se deve proteger sempre o interesse da criança, por esta ser mais

frágil frente ao contexto de separação de seus pais. Considera que nesta situação todos ficam fragilizados (pais, mães e filhos), e o interesse dos primeiros também deve ser levado em consideração. Afirma, inclusive, que já presenciou muitos pais e mães serem desqualificados em nome do interesse da criança.

De acordo com esta visão, THÉRY (1988) faz críticas ao livro editado em 1973, por Anna FREUD, GOLDSTEIN e SOLNIT (1980) - *No melhor interesse da criança?* - que, na tentativa de estabelecer critérios de avaliação<sup>35</sup> derivados do conhecimento das ciências humanas, indicam que a guarda deve ser atribuída ao adulto responsável pelos cuidados com a criança. Talvez aqui pudéssemos utilizar a expressão "guardião maternalizante", empregada por DOLTO (1989). THÉRY avalia que os autores não perceberam a possibilidade de as crianças serem educadas pelos dois pais, mesmo após a separação destes (guarda conjunta), direcionando o interesse da criança exclusivamente à possibilidade da alternativa parental e assim contribuindo para uma filiação unilateral. GEORGE et PERDRIOLE (1996) verificaram também que, quando se constata que os dois genitores reúnem condições para assegurar a educação dos filhos, torna-se extremamente difícil estabelecer critérios para a tomada de decisão sobre o pai-guardião.

CASTRO (1998) alega que no Brasil a legislação coloca o homem separado em uma posição tal que este se vê com escassas possibilidades de influência na educação dos filhos, sentindo-se cerceado em seu direito de criá-los. No estudo das percepções infantis em relação às figuras parentais, GONZALEZ et alii (1994) constataram, em investigação realizada com filhos de pais separados, que estas crianças percebem de forma mais positiva o genitor que detém a guarda do que o

---

35 De Plácido e Silva (1996) apresenta a seguinte definição de avaliação: "Na linguagem jurídica, avaliação não é tida em outro significado que não seja o de determinar o valor, dar o valor ou mostrar a valia de determinado bem, ou de determinados bens" (p.258)

outro, que geralmente as visita ou com quem permanecem nos finais-de-semana, de quinze em quinze dias. Utilizando instrumentos de avaliação psicológica como o Teste Autoavaliativo Multifatorial de Adaptação Infantil (TAMAI) e o Inventário de Percepção Parental (PPI), os pesquisadores comprovaram que, nas situações de separação parental com litígio, os filhos geralmente fazem alianças com um dos genitores, identificando o outro como o "vilão". A pontuação obtida nos instrumentos revelou ainda que tais alianças são realizadas com o genitor-guardião, independentemente do sexo deste, ou seja: o fato de dispor da guarda da criança, de estar mais próximo desta é que será determinante nesta aliança e, não, o papel de pai ou mãe. Relacionam os autores os resultados verificados na pesquisa com a denominada "Síndrome de Estocolmo", em que seqüestrados passam a identificar-se com seus seqüestradores. Observaram ainda que, normalmente no primeiro ano de separação dos pais, os filhos apresentam, em relação aos genitores, percepções parecidas, que vão-se diferenciando com o tempo, até aproximadamente dois ou três anos da separação, quando já se mostram discrepantes a favor do genitor-guardião.

Na pesquisa empreendida por WALLERSTEIN et KELLY (1998), os dados colhidos revelam que geralmente crianças entre dez e doze anos costumam aliar-se, após a separação, a um dos genitores, atacando o outro (p.97). Entretanto, a aliança com o pai que não possuía a custódia não se constituía como duradoura, ocorrendo no máximo até um ano após a separação. Já o "alinhamento"<sup>36</sup> com o pai-guardião permanecia mais estável, interpretado pelas pesquisadoras como influenciado por um "reforço diário" (p.96). Apesar da identificação deste comportamento, concluíram que, em dois terços dos casos analisados, o relacionamento dos filhos com o pai-guardião piorara no decorrer do primeiro ano de separação conjugal, por ser este um

---

<sup>36</sup> As autoras utilizam esta expressão definindo como " - um relacionamento específico no caso de divórcio, que ocorre quando um dos pais e um ou mais filhos se reúnem num vigoroso ataque ao outro progenitor" (p.95).

período no qual os pais vivenciam muitas dificuldades. Havia também ressentimento dos filhos quanto à diminuição de cuidados por parte da mãe. Observaram ainda comportamentos regressivos entre crianças pequenas, na faixa até cinco anos, com dificuldades de separação do pai-guardião, temendo ficar sós, o que aponta para maior dependência, não só física, como emocional do genitor que detém a custódia.

USANDIVARAS, citado por RIVAS (1993), descreve como *Síndrome de Alienação Parental* o comportamento apresentado por alguns genitores frente ao processo de separação, quando não conseguem discriminar as disputas referentes ao casal dos relacionamentos que cada pai deve manter com seus filhos. Para aquele autor, esta síndrome pode ser definida como :

"um processo pelo qual o genitor em forma aberta ou encoberta, fala ou atua de uma maneira desqualificante ou destrutiva a, ou acerca de, o outro genitor, durante ou subseqüentemente a um processo de divórcio, numa tentativa de afastar ou indispor o filho, ou os filhos contra este genitor."(p.29)

BAILEY e BALA (1998, p.87) atribuem a descrição desta síndrome ao psiquiatra americano Gardner, que defende o argumento de que, constatada a síndrome, a criança deve ser obrigada juridicamente a encontrar-se com o genitor masculino ou o que não possui a custódia, informação que vem influenciando algumas cortes americanas. Acrescentam os autores que recentemente Gardner também atuou como perito em causas de custódia de crianças no Canadá, ressaltando para a justiça do país o significado da síndrome. BAILEY e BALA afirmam, entretanto, que a posição tomada por alguns juizes é de concordância plena com Gardner quanto ao fato de que alguns pais procuram destruir a relação dos filhos com o outro genitor; porém não aceitam a caracterização deste

comportamento como "síndrome", questionando também o valor para a criança desse contato forçado com o genitor não-guardião. Informam ainda os professores que se encontra em curso uma revisão na legislação custodial canadense, privilegiando o estudo sobre as condições do pai não-custodial. Comportamentos semelhantes são descritos por WALLERSTEIN et KELLY (1998), que exemplificam com o caso de um pai divorciado, formalmente encaminhado pela justiça americana para atendimento no "Children of Divorce Project", com a queixa de que sua ex-esposa estaria impedindo a visitação aos filhos. Observou-se que o filho mais velho, na época com onze anos, apresentava um forte "alinhamento" com a mãe. Este menino exercia grande influência sobre as irmãs mais novas, compactuando com a genitora no afastamento das meninas em relação ao pai. Concluíram as autoras que esses "alinhamentos" podem ser perigosos para as crianças, não permitindo que encontrem ou desenvolvam mecanismos para lidar com ambos os pais e simplificando a situação a partir da dicotomia entre um genitor bom e outro mau (p.97). Se durante a vigência do casamento os filhos representam cuidados e responsabilidades que devem ser compartilhados, após a separação estes significados muitas vezes são alterados, tornando-se importante avaliar as causas. Segundo as pesquisadoras norte-americanas, "as brigas pela custódia podem portanto refletir a dependência do adulto em relação à criança, e sua necessidade de agarrar-se a esta para manter seu equilíbrio psíquico" (p.121).

Na avaliação do sentimento que a visita do ex-marido aos filhos despertava nas mulheres, a citada pesquisa revelou que um quinto das mães não valorizava positivamente o contato do ex-marido com os filhos, sabotando de várias formas esta interação e mantendo horários rígidos para esses encontros - fator de queixa de alguns filhos, que não compreendiam o motivo dessa falta de flexibilidade. Algumas mães chegavam a alegar que o excesso de trabalhos escolares não permitia ampliar

a permanência do filho com o pai. Algumas crianças não reagiam bem a essas restrições, apresentando mau comportamento após a visita ou ainda somatizações, constatação feita também por DOLTO (1989). Tais sintomas, no entanto, várias vezes eram utilizados pelas mães como prova de inadequação das visitas paternas chegando, por vezes, a sugerir a necessidade de interrompê-las. Outras crianças entrevistadas pelo projeto alegavam sentir falta do pai e, muitas vezes, não compreendiam por que tinham que ficar tanto tempo afastadas dele, indicando que gostariam de visitas mais freqüentes. Foi também observado que apenas um quarto das crianças entrevistadas possuía o hábito de pernoitar na casa do pai, enquanto outras passavam não mais do que poucas horas em sua companhia. Tais resultados conduziram as pesquisadoras ao entendimento de "ser urgentemente necessário um reexame das noções sociais aceitas de visitação" (p.153). Quanto aos adolescentes, devido à forte tendência, neste período de desenvolvimento, de considerarem as questões pelos extremos, foi observado que costumavam identificar um dos pais como único responsável pela separação e o outro como o sofredor.

Por esta ótica, parece claro que atribuir ao genitor que não reside com a criança o direito de visita soa totalmente inadequado. Visita nos remete de imediato a um convívio que ocorre comumente nos finais-de-semana, algumas vezes com certa cerimônia. Argumenta-se agora sobre a importância de o pai sentir gosto, firmeza no exercício da paternidade, evitando sua demissão.

No relato de SAMALIN-AMBOISE (1996) sobre o atendimento a crianças, o autor faz recomendações, pela exemplificação de casos, sobre a importância de a criança manter trocas afetivas freqüentes com o pai com quem não habita, já que, conforme constatado na pesquisa norte-americana, normalmente, a criança passa a depender mais afetivamente do genitor com quem reside.

RIVAS (1995), em artigo denominado "El visitante, una nueva mirada al padre

en los casos de familia", concorda que também na Argentina pouco se questiona sobre o fato de os filhos permanecerem normalmente com a mãe, cabendo ao pai o papel de visitante. Na visão da autora, esta distinção pode acarretar prejuízos, na medida em que, no seu entendimento, "não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes e ausentes e certamente, sempre é melhor que estejam presentes" (p.29).

Sem dúvida, esta compreensão contrapõe-se ao entendimento da lei no que concerne à atribuição de guarda ao genitor que apresente melhores condições para criar os filhos. Segundo a juíza CAZAUX (1995), a equipe técnica que assessora a Vara de Família deve avaliar, com base no Direito Civil da filiação, se está sendo proporcionada à criança uma filiação materna e paterna, já que a responsabilidade educativa dos pais inclui o dever de imposição de limites que implicam humanização e civilização.

Acrescenta THÉRY (1996b) que as mudanças na concepção de família tiveram abrangência em nível cultural, social e jurídico, mas pensá-las somente a partir do casamento traria embaraços ao encaminhamento da questão. Atualmente, tais mudanças remetem-nos ao dado de que o casamento não pode mais ser visto como garantia de vínculo entre pais e filhos ou de definição quanto à filiação. Percebe-se, porém, que as novas relações familiares impõem à sociedade atual três questões principais: a do casal, a da família e a da filiação. Se o casal pode ter autonomia e liberdade para decidir como encaminhar suas questões, o mesmo não ocorre com a filiação. A escolha mais livre em relação à conjugalidade não pode ser estendida à filiação, acarretando o risco de se alterar a referência simbólica desta, instituída na cultura. Deparamo-nos com um impasse, segundo THÉRY (1996b, p.11), quando percebemos que os vínculos de filiação em nossa sociedade "estão sob a dependência do vínculo conjugal." Tais constatações devem conduzir a alterações no

Direito de Família, definindo-se agora que a indissolubilidade não se aplicaria à união conjugal, mas sim à filiação, sendo necessário, porém, manter a dupla inscrição do sistema de filiação, ou seja, a linhagem materna e a paterna. Conclui que, quando as instituições jurídicas não propõem soluções para tais situações, resta aos indivíduos o afrontamento (THÉRY, 1996c, p.74) - neste caso, em nome do interesse da criança. Frente a este dilema, conduzir a disputa apenas como uma questão singular, indicando-se a necessidade de negociações pessoais, é insuficiente segundo a autora, na medida em que atravessamos um momento histórico no qual se devem reavaliar as referências da filiação.

Em paralelo a essa questão, apresenta-se a dos novos companheiros dos genitores separados, que normalmente coabitam com as crianças e não possuem um "status" designado culturalmente. Sem negar o vínculo entre pais e filhos, esses companheiros também necessitam de uma definição da sociedade com referência a seus direitos e deveres, já que tal situação se torna cada vez mais comum, não podendo ter encaminhamento restrito ao fórum individual. Expõe a autora que estas novas normas ainda não estão claras, principalmente porque "desaprendemos a importância essencial das ficções do Direito, como fundadoras da simbologia do vínculo" (p.22). Atribui tal fato a um domínio "socio-psicologizante", que define a família exclusivamente como uma rede relacional, assim como também a uma imensa argumentação sobre os direitos individuais, o que na verdade levaria a um confronto de direitos, transformando a sociedade num campo de batalha em que "se afrontam os direitos da mulher, direitos dos pais, direitos das crianças, direitos dos avós, como se um hipotético equilíbrio pudesse aparecer do choque destes diferentes direitos" (p.22).

Aqui se pode recordar LEGENDRE (1992) em sua argumentação de que nos tornamos "mini-estados", quando acreditamos que a legislação deve pautar-se no



direito de cada um, ou ainda PAPAGEORGIOU-LEGENRE (1995, p.108), quando a autora designa como "estágio social da referência" o fato de que culturalmente as famílias devem submeter-se às categorias jurídicas de filiação, ao invés de inventá-las.

A crítica de THÉRY ao fato corrente da exclusiva avaliação dos direitos infante-juvenis remete-nos ao texto de BENJAMIN CONSTANT, de 1819, denominado *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, em que o autor demonstra preocupação a respeito da constante busca dos direitos individuais presentes na época e sua implicação nos sistemas político e jurídico da sociedade moderna. Lembra que os povos antigos, como os romanos, não possuíam a noção de direitos individuais, na medida em que sua meta era conseguir que o poder social fosse dividido entre os cidadãos, inclusive com participação nas deliberações. Na análise da questão, traça um paralelo entre a sociedade greco-romana e a moderna, ressaltando que:

"assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra, como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência." (p.11)

Aponta BENJAMIN CONSTANT que estamos cada vez mais preocupados com a nossa individualidade, sendo que um dos fatores responsáveis por este comportamento é o fato de que o indivíduo não consegue mais perceber a

importância de sua participação no poder coletivo, voltando-se, principalmente, para seus interesses privados.

Preocupa-se, portanto, com a definição de liberdade que permeia a sociedade moderna, já que esta é percebida como sinônimo de liberdade individual. Considera que devemos estar atentos, uma vez que esta liberdade individual só pode ser garantida a partir da liberdade política. Dessa forma, não considera admissível a renúncia à participação política, já que esta nos fornece as garantias referentes à liberdade individual. Identifica, portanto, que

"o perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político". (p.33)

À citação de BENJAMIN CONSTANT pode-se acrescentar o pensamento de RIOU (1996, p100), alertando para o fato de que a obrigação ou o dever de criação dos filhos deve ser um dever político e não uma vontade individual ou um "voluntarismo", segundo o qual a pessoa possa ou não desejar manter o vínculo de filiação. Assim como THÉRY e LEGENDRE, a autora percebe que o predomínio das vontades individuais apenas acarretaria uma inflação de direitos subjetivos, defendendo que a filiação não pode ser vista apenas pelo âmbito do privado. Na leitura de CASTORIADIS (1992, p.97), identificou-se semelhante preocupação quando o autor ressalta que seu entendimento sobre política refere-se à "atividade coletiva, reflexiva e lúcida, que surge a partir do momento em que é colocada a questão da validade de direito das instituições". Explicita também sobre a importância de um questionamento constante sobre a legislação e as instituições, assegurando-se dessa forma a participação do homem enquanto ser social. Na visão do autor,

estamos inseridos em uma sociedade que veementemente defende os conceitos de liberdade e individualidade, mas, na verdade, submete o ser humano à participação restrita ao domínio privado, realimentando o discurso sobre a liberdade e a privacidade e afastando-o da participação dos problemas coletivos. Conclui que atravessamos um momento de "apatia" política.

Cabe acrescentar que o enfraquecimento do dever de criação dos filhos, como uma visão política, poderia acarretar um "paternalismo de Estado", conforme alerta THÉRY (1996a). Concebe a autora que esta fragmentação relativa à concepção dos direitos impede-nos de pensar sobre a função do Direito nas sociedades humanas. Se antes tínhamos toda a regulamentação baseada no casamento, agora, com o decréscimo deste, passa-se a regulamentar os direitos infantis. Para THÉRY, não se deve desprezar o fato de que a família não pode ser entendida a partir de analogias com o funcionamento de um grupo qualquer, na medida em que pai e mãe carregam um significado que ultrapassa o contexto biológico. Defende, portanto, que o debate atual referente às relações familiares não deve estar afastado de uma compreensão antropológica, que aponta a linguagem e a parentalidade como referências simbólicas instituidoras do ser humano na cultura, ultrapassando, portanto, a questão relacional proposta como principal por alguns psicólogos. Considera que nos últimos vinte anos houve uma grande mudança quando se passou a compreender que a criança pode e deve conviver com o pai e a mãe, mesmo que estes não formem mais um casal. Esta é a "primeira vez na história que se tenta sustentar a segurança da filiação sem a mediação do casal" (1996d, p.7), através do que, por hora, denominamos de autoridade parental conjunta. Como esclarece SAYN (1993), após a lei francesa de janeiro de 1993 não cabe mais ao Juiz a escolha do pai que irá exercer a autoridade parental, pois o exercício unilateral desta autoridade passa de regra a exceção. Ressalta ainda que o efeito simbólico da

lei não pode ser negligenciado.

As conseqüências psicológicas da determinação da autoridade parental conjunta também são tratadas por NEYRAND (1994), que acredita na possibilidade de alterações no procedimento educativo de filhos de pais separados, conferindo-se ao que não reside com a criança a possibilidade de maior participação nas decisões sobre a vida dos filhos, facilitando ainda os procedimentos sobre visitação, com inegáveis benefícios aos menores de idade. A oportunidade de os pais separados refletirem sobre a "bipolaridade" da relação parental também é destacada pelo autor (p.114).

THÉRY não concorda com a concepção (que percebe como corrente) de que, mesmo após o término do casal conjugal, o casal parental deve sobreviver - o que nos faz lembrar "a idéia de que é preciso existir um casal para que haja pai e mãe" (1996d, p.8). No entendimento da autora, o casal foi extinto, não existe mais; os lugares a serem mantidos são os de pai e mãe. GRÉCHEZ (1996) também compartilha esta visão, considerando que o contínuo emprego do termo "casal", nesta situação, pode ir de encontro ao trabalho de luto pelo término do casamento, já que explicitar a fórmula do casal - agora inexistente ou, nas palavras do autor, "fantasma" - (p.86) poderia contribuir para a manutenção do conflito.

Analisa ainda THÉRY (1996d) que as diferenças que possam existir nos códigos educativos dos genitores separados não constituem um problema para as crianças, na medida em que a constatação da diversidade faz parte da socialização infantil. Esclarece, portanto, que a autoridade conjunta não significa que os dois precisem adotar práticas educativas iguais, fato que poderia conduzir os filhos a "uma escola de intolerância" (1996d, p.10). Neste sentido, sustenta que os genitores devem aprender a conviver com as diferenças na educação das crianças. Lembramos aqui o artigo de GEORGE et PERDRIOLLE, quando relatam ser comum

no juízo de família o encaminhamento, por processos, de queixas de genitoras que não concordam com o código educativo de seus ex-cônjuges, recorrendo assim ao juiz para que este determine um procedimento comum aos dois pais. COCHET (1996) avalia que a manutenção do relacionamento entre pais e filhos após uma separação é distinta da que se costuma denominar manutenção do casal parental. Defende que os pais, após a separação, podem conseguir manter um bom relacionamento com os filhos, mas não compartilhar preocupações, ou mesmo conversar, sobre questões referentes à educação dos descendentes. Enquanto advogado de família, já observou que alguns pais conseguem desenvolver um relacionamento mais satisfatório com os filhos após o fim do casamento, na medida em que, quando estavam casados, preocupavam-se mais com as discussões e a falência conjugal. Para este advogado, "a expressão casal parental não designa nada, a não ser um certo procedimento de decisões em comum que é necessário, visando uma certa coerência na organização da vida da criança" (p.40). Avalia, entretanto, que para a criança o mais importante é a manutenção de um bom relacionamento tanto com o pai quanto com a mãe.

A difusão dessas noções acarreta alterações nos procedimentos empreendidos por alguns advogados que atuam em Direito de Família. NEYRAND (1994), em entrevistas realizadas com advogados franceses, observa que, a partir da mudança na legislação daquele país e das discussões que se sucederam sobre autoridade parental conjunta, alguns advogados já não se viam mais como adversários do colega representante da outra parte. Existia uma percepção sobre a importância de um papel conciliatório do profissional, facilitando a compreensão de que a autoridade parental conjunta deveria ser mantida. Constatou ainda o autor que grande número de profissionais entrevistados não condiciona mais a fixação da autoridade parental conjunta ao nível de entendimento estabelecido pelos ex-

cônjuges.

SAMALIN-AMBOISE (1996) estende suas observações, acrescentando que nas famílias com pais separados o contato com os avós, de certa forma, reaviva a palavra do pai e recorda suas referências, mesmo que este não seja muito presente ou mantenha relações esporádicas com o filho.

Tanto THÉRY (1996d) como GEORGE et PERDRIOLLE (1996, p.113) reconhecem que ainda é um pouco difícil, na França, a organização do que seja a autoridade parental conjunta. Citam as juízas o exemplo de uma mãe que questiona em audiência se "pode inscrever sozinha seu filho no judô", traduzindo assim a dúvida de alguns casais quanto à autonomia de cada um na educação dos filhos. Ainda segundo as autoras, face à determinação da autoridade parental conjunta, atualmente notam-se dois grupos distintos de pais. Enquanto alguns casais, ao se separar, organizam por conta própria o cotidiano dos filhos, outro grupo recorre constantemente à intervenção do Estado, solicitando que os juízes regulem cada situação, como a escolha da escola, do lugar para passar férias, etc. Compreendem as juízas que a tradição de se atribuir a guarda das crianças à mãe contribuiu para que os homens tenham um papel secundário na criação de seus filhos, o que conduz ao questionamento de "como ser responsável quando se é reduzido a ser um pai ocasional?" (p.115) Acreditam agora que um tempo de guarda referente a pelo menos uma vez por semana deveria ter sido reconhecido ao pai. São partidárias estas juízas de que a autoridade parental conjunta deve alterar essa situação. Neste modelo, apesar de a criança residir com um dos cônjuges, torna-se claro que novos acordos devem ser estabelecidos, objetivando-se o tempo que o genitor descontínuo deve passar com o filho, fato que vai depender das especificidades de cada um perante suas atividades diárias. De acordo com tais entendimentos, COCHET (1996) compreende que a função de um advogado de família frente à separação conjugal

não é apenas a de fornecer assistência para esta decomposição, mas também de "participar da reconstrução de um novo conjunto de vínculos" (p.30). Observa que o advogado deve apresentar informação jurídica ao cliente, orientando não apenas sobre questões patrimoniais, ou a divisão dos bens, mas também sobre decisões referentes aos filhos, à visitação, etc.

Já nos Estados Unidos, WALLERSTEIN et KELLY (1998) constataram ser oportuno e adequado que o tribunal informasse nas audiências sobre a necessidade de visitas pelo pai não-custodial, em função do bom desenvolvimento da criança. Dificilmente a família consegue obter algum apoio nas dificuldades vivenciadas no decorrer do divórcio. Em contraposição retratam que grande número de pais compareciam às entrevistas do projeto com uma série de dúvidas que gostariam de esclarecer, para o que já vinham munidos de cadernos de anotações. Para estes pesquisadores, dependendo das causas que conduziram ao divórcio, muitos adultos necessitam de ajuda e esclarecimentos para definir e executar os acordos referentes aos filhos - ajuda esta que deve ser oferecida pelo Estado: "A ajuda no início do processo de divórcio é crucial para o seu sucesso". (p. 348)

O aconselhamento oferecido aos pais logo após o divórcio, pelo "Children of Divorce Project", especificamente sobre questões referentes à visitação, foi interpretado pelos participantes do projeto como de suma importância, já que é nessa fase que começa a ser estruturado um novo padrão de interação. Por outro lado, observaram que os pais costumam solicitar conselhos aos advogados sobre questões referentes à visitação, quando normalmente são orientados a manter o regime padrão, ou seja, encontros quinzenais. Interpretam as autoras que, para a Justiça, recomendar o que sempre foi feito parece mais prudente e mais simples. Obtiveram também informes de alguns entrevistados de que visitas menos espaçadas, quando pleiteadas, não foram aceitas pelo judiciário, com base na argumentação de

que tal procedimento contribuiria para aumentar as desavenças do casal ou ainda de que, na prática, não funcionaria. Também não era claro para os operadores jurídicos por que um pai queria passar mais tempo com os filhos. "E o precedente das duas visitas mensais de fim-de-semana se tornou não só costumeiro como de alguma forma desenvolvimentalmente correto, moralmente certo." (p. 155)

Com relação aos deveres de criação dos filhos, BAWIN-LEGROS (1992, p.92), ao realizar pesquisa buscando analisar as causas referentes ao não-pagamento de pensão alimentícia, descreve que este pode ser visto como "o índice mais eficaz para medir a continuidade dos vínculos pais-crianças". Pais participantes no contexto doméstico, durante o casamento, mantêm, após uma separação amigável, vínculos mais estreitos com os filhos. Constata, portanto, o autor que as mulheres que trabalham fora, têm renda própria e recursos culturais desenvolvem um relacionamento conjugal apoiado na negociação e na divisão de tarefas e são as que não costumam sofrer problemas com o recebimento da pensão. Contrariamente, as mulheres que não possuem renda própria e dependem desse pagamento são as mais propensas a não recebê-lo. Como não trabalham fora, a tendência, desde a época do casamento, é de se ocuparem sozinhas das tarefas domésticas e cuidados das crianças, afastando o marido dessas funções, desresponsabilizando-o. Conclui o autor na pesquisa que, em muitos casos, o não-pagamento da pensão alimentícia pode resultar do enfraquecimento dos vínculos pai-filhos.

WALLERSTEIN et KELLY (1998) comprovaram em sua pesquisa que, quando o relacionamento com as ex-esposas estava tranquilo, a tendência era de maior frequência de visitas. Com o passar do tempo, porém, a atitude da mãe influenciava menos. Conflitos deflagrados entre os pais em função das visitas eram situações que atormentavam intensamente as crianças. Pode-se aqui retornar à afirmação defendida por alguns autores citados de que não basta a luta isolada pelos direitos



da criança.

Percebe-se que, para o estudo referente ao exercício do dever parental, entendido a partir dos direitos da criança, torna-se necessária uma análise histórica não só do conceito propriamente dito, mas de sua articulação com as mudanças ocorridas no conceito de família, afetado pelo impacto da ação do Estado, por meio da legislação. Dessa forma, pode-se observar que dever parental, interesse da criança e direitos da criança são noções que se encontram irremediavelmente interligadas. Percorreram, todavia, caminhos históricos que indicaram inicialmente que "direitos" eram apenas os paternos, expressos através da atribuição do pátrio poder.

## **5 - SOBRE AS AVERIGUAÇÕES NO CAMPO**

No trabalho de campo, procurou-se investigar como se constitui o exercício dos deveres e dos direitos parentais na atribuição de posse e guarda de filhos de pais separados. Buscou-se avaliar especificamente como o nosso Direito de Família prevê o exercício deste dever parental e como este é apreendido e praticado pelos pais.

### **5.1 - A CONSTRUÇÃO DOS INSTRUMENTOS**

Em articulação com as formulações teóricas desenvolvidas ao longo do trabalho, buscou-se criar instrumentos de avaliação que possibilitassem a compreensão do tema a ser pesquisado. MINAYO (1994, p.22) considera que o entendimento da palavra metodologia relaciona-se a "caminho e instrumental próprios de abordagem da realidade".

Visando ao levantamento de dados, entrevistaram-se pais e mães separados, assim como profissionais da área jurídica com inserção no Direito de

Família. A diversidade da amostra obrigou à elaboração de dois instrumentos distintos para a coleta dos dados.

Para investigação referente ao comportamento e expectativas dos pais separados frente a questões que envolvem a guarda de seus filhos, optou-se pela técnica de entrevista individual, visando à observação direta de atitudes, sentimentos e opiniões. Foram entrevistas estruturadas, com perguntas previamente elaboradas e definidas como abertas, na medida em que não apresentam alternativas para escolha da resposta, permitindo que as pessoas emitam suas opiniões livremente.

A realização de entrevistas com profissionais da área jurídica atuantes em Direito de Família também foi prevista no plano de trabalho. Visou-se, com este grupo, a uma compreensão maior sobre as disposições definidas pela legislação específica, bem como sobre a argumentação jurídica referente aos encaminhamentos das questões que se apresentam nesse âmbito.

Não se pode desprezar que a entrevista visa à facilitação da comunicação entre entrevistador e entrevistando. Considera-se, porém, inadequado o uso de qualquer material que possa ser visto como inibidor da comunicação, motivo pelo qual, neste caso, não se utilizou gravador, já que tal instrumento pode gerar resistência ou apreensão. Foram feitas, no entanto, anotações no decorrer das entrevistas, explicando-se aos entrevistados sobre o caráter sigiloso dessas notas, ao mesmo tempo garantindo-se que não haveria reprodução completa de cada entrevista.

Conforme descreve SELTZ et alii (1975, p.272)

"a entrevista é a técnica mais adequada para a revelação de informação sobre assuntos complexos, emocionalmente carregados ou para verificar os sentimentos subjacentes a determinada opinião apresentada."

A entrevista para coleta de dados é uma técnica utilizada em pesquisa, que requer alguns cuidados. Na revisão da literatura (AUGRAS, 1974; MINAYO, 1994; SELTZ et alii, 1975), destacam-se alguns itens, vistos como de grande importância quando se inicia a construção deste instrumento. Na elaboração das perguntas, considera-se de muita utilidade a indicação de AUGRAS (1974, p.152) sobre o cuidado com a linguagem a ser usada na construção de instrumentos de investigação: "a linguagem será simples, mais próxima da palavra falada do que do estilo literário", objetivando-se a perfeita compreensão pelo entrevistado do que está sendo questionado.

SELLTZ et alii (1975, p.271) apontam para a vantagem da "flexibilidade" possível na realização de entrevistas. Caso o sujeito não compreenda a pergunta, pode-se refazê-la, de outro modo. O importante é a certeza de que a pessoa realmente compreendeu o que foi perguntado.

Ainda segundo AUGRAS, a primeira pergunta deve ter o tom de "quebra-gelo". É necessário certo cuidado ao se elaborar esta questão, evitando-se aumentar a ansiedade do entrevistado frente à situação. Deve-se também alternar o questionamento sobre um mesmo tema, para que uma resposta não influencie a seguinte, situação denominada de "efeito de contágio". Esta observação aponta para a necessidade de as perguntas serem apresentadas conforme a seqüência do roteiro de entrevista, não sendo apropriadas mudanças.

Indica-se também que na realização da entrevista é preciso, inicialmente, não esquecer a importância da identificação do entrevistador. Devem-se apresentar ao entrevistado os objetivos e finalidades da pesquisa, visando à colaboração deste, além da necessidade de garantir o anonimato referente às respectivas respostas. MINAYO (1994) ressalta que a investigação qualitativa exige do pesquisador capacidade de observação, flexibilidade e interação com as pessoas envolvidas na

pesquisa. A qualidade desta interação pode, inclusive, afetar as informações fornecidas pelos entrevistados, razão por que uma das tarefas do entrevistador é o estímulo à fala do sujeito. Não se pode também desprezar o fato de que, no decorrer da entrevista, é o entrevistador quem a dirige, não existindo, portanto, uma situação de igualdade entre os sujeitos.

Nas denominadas "perguntas de fato" (AUGRAS, 1974, p.149), que buscam retratar as categorias sociológicas da amostra pesquisada, questionou-se o grupo de pais separados sobre: idade, tempo de separação matrimonial, grau de escolaridade e número de filhos. Com a preocupação em evitar a semelhança com uma averiguação policial, procurou-se apresentar essas perguntas no final da entrevista, conforme sugestão da mesma autora. O levantamento de tais dados torna-se importante para que se possa especificar o perfil da população pesquisada. Conforme cita MINAYO (1994, p.113)

"... cada ator social se caracteriza por sua participação, no seu tempo histórico, num certo número de grupos sociais, informa sobre uma subcultura que lhe é específica e tem relações diferenciadas com a cultura dominante."

A análise das entrevistas foi feita a partir de seu conteúdo, classificando-se as respostas em categorias necessárias ao estudo em questão. Mais uma vez recorreu-se a MINAYO (1994, p.131). Segundo ela:

"cada sugestão de tema que se introduz na entrevista, ou cada questão que se levanta, faz parte de uma interação diferenciada com o entrevistado na medida em que esses itens são uma teoria em ato e trazem implícitos uma hipótese, um pressuposto ou um conceito teórico."

## 5.2 - JUSTIFICATIVAS

Tendo-se constatado, no que concerne ao princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres, a contradição entre o disposto nos artigos 5º e 226, §5º da Constituição brasileira e o contido nos artigos 10 e 15 da Lei 6.515, estes vistos como discriminatórios (SIQUEIRA CASTRO, 1983), optou-se por formular as perguntas J: 1, 3 e 5. Questiona-se na primeira sobre "a legislação" (em sentido abrangente, sem especificar determinada lei), objetivando-se averiguar a racionalidade jurídica que norteia a argumentação do profissional frente à situação da guarda. Considera-se possível pautar-se na Lei 6.515, na Constituição Brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente ou em alguma combinação destas leis, com implicações decorrentes.

O costume de atribuir a guarda a um dos genitores, cabendo ao outro o direito de visita e fiscalização, é interpretado por juristas estrangeiros como uma restrição ao pai que não possui a guarda. Percebem que o detentor da guarda normalmente considera-se como aquele que possui todos os direitos sobre a criança, conforme explica BASTIEN-RABNER (1992). A reavaliação sobre alguns conceitos referentes à guarda de filhos foi um dos produtos deste questionamento, em outros países. Face a esta constatação, visa-se também, nas perguntas J: 1, 3 e 5, a levantar dados sobre a avaliação dos operadores jurídicos brasileiros frente a tais questões. Estas discussões motivaram ainda a elaboração das perguntas P: 5, 8, e 10, pertinentes à entrevista realizada com pais e mães separados.

Outro fator relevante para as mudanças relativas à legislação sobre a guarda de filhos, por exemplo na França, foi a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Conforme exposto, este instrumento jurídico contribuiu para a definição do

princípio da autoridade parental conjunta, ao enunciar, no artigo 9º, como um dos direitos essenciais da criança, o de ser educada por pai e mãe. Toma-se importante ressaltar que a autoridade parental conjunta, ou ainda a guarda conjunta, conforme denominação vigente em alguns países, atua como um dispositivo que deve reforçar os sentimentos de responsabilidade dos pais que não habitam com os filhos. Objetivando aferir o alcance da Convenção Internacional perante a legislação brasileira relacionada ao Direito de Família, formulou-se a pergunta de número J-4.

Conforme esclarecimentos de vários autores (AMARAL e SILVA,1994; MALLETT et MONIER,1992), a doutrina da proteção integral infanto-juvenil estabelece que a criança e o adolescente devem ser considerados como sujeitos de direitos, quando se indica a premência da preservação dos direitos fundamentais da pessoa referentes à infância. Esta visão acarretou mudanças que alcançaram o Direito de Família de outros países. Para investigar as conseqüentes alterações ocorridas no Direito de Família brasileiro, face ao entendimento da criança como sujeito de direitos, noção disposta tanto na Convenção Internacional, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, formulou-se a pergunta número J-2.

Na pergunta de número J-7, procura-se averiguar o que é explicado aos pais durante a audiência de separação matrimonial, em relação ao cuidado dos filhos. Pretende-se ainda relacionar esta questão às de números P-1 e 2, a serem pesquisadas com pais e mães separados, agora buscando-se o que foi entendido por cada um na audiência de separação.

Percebe-se que a legislação brasileira ainda permite que se associe a culpa, ou falta grave praticada por um dos cônjuges, à atribuição da guarda dos filhos, conforme disposto no artigo 10 da lei 6.515. Esta noção, no entanto, foi substituída em outros países pelo critério de interesse da criança e posteriormente pelos direitos da criança. A constatação inicial de que se convive no Brasil, simultaneamente, com

estas três noções determinou a necessidade de averiguação destes critérios, formulada nas perguntas J-6 e 8. Especificamente quanto ao critério de abandono do lar, avaliado através da pergunta J-8, chama a atenção que, a partir da prática da autoridade parental conjunta definida em outros países, esta falta não se constitui em impedimento para o exercício da autoridade parental. Considera-se que, para os filhos, pode ser muito bom um contato mais próximo com o pai, com o qual não convivem há algum tempo.

Objetivando conhecer e avaliar as mudanças estabelecidas no relacionamento entre pais e filhos após as separação dos genitores, formularam-se as perguntas P-3,4, 6,7,9.

### 5.3 - PROCEDIMENTOS E AMOSTRA

Foram realizadas vinte entrevistas com os denominados operadores do Direito, atuantes em Porto Alegre, Florianópolis e Rio de Janeiro, sendo a representatividade maior, em termos percentuais, de profissionais com atuação neste Município. Deste, todos os juizes e curadores entrevistados exerciam suas funções nas Varas pagas do Fórum da Praça XV de Novembro, no centro da cidade. A composição da amostra reuniu as seguintes categorias: um desembargador; sete juizes com atuação, na época, em Varas de Família; sete representantes do Ministério Público junto aos juizes de família. Havia ainda cinco participantes, dos quais alguns eram advogados especialistas na área e outros, professores de Direito Civil, função exercida por diversos profissionais da amostra. Escolhidos de forma



aleatória, doze eram do sexo feminino e oito do masculino.

A coleta de dados no contexto jurídico foi realizada em 1998 e avaliada como tarefa complexa. Enquanto alguns profissionais demonstravam total compreensão quanto à importância das pesquisas nesta área, queixando-se inclusive da ausência destes instrumentos para auxílio em seu trabalho, outros recusavam-se a participar ou cancelavam sucessivamente os horários. Utilizou-se como critério que entrevistas desmarcadas mais de duas vezes não seriam realizadas, já que fortes seriam os indícios de resistência em colaborar.

As entrevistas com os operadores do Direito foram todas empreendidas nos respectivos locais de trabalho, com duração média de trinta minutos. Conforme exposto anteriormente, não se utilizou gravador, optando-se por anotações realizadas no curso da entrevista e ampliadas posteriormente. Constatou-se que muitos profissionais preferiam responder às questões de forma objetiva, solicitando algumas vezes que as perguntas fossem mais delimitadas, aparentemente para facilitar respostas por meio da reprodução de artigos da legislação. Outros restringiam as respostas à prática individual de trabalho, optando por discorrer apenas sobre sua forma de intervenção.

Os dados colhidos na pesquisa de campo com os pais separados referem-se a uma população predominantemente de classe média, com processos que tramitaram nas Varas de Família pagas, nos municípios do Rio de Janeiro e Porto Alegre.

Para as entrevistas procuraram-se pessoas separadas, com filhos e que tivessem definida juridicamente a atribuição da guarda. Não era um pressuposto o dado de que fossem casadas; poderiam, por exemplo, ter vivido em concubinato e, após a separação, estabelecido a guarda juridicamente.

Os vinte e seis pais que responderam à entrevista foram contatados

previamente e informados de que o objeto da pesquisa não se referia ao motivo da separação e, sim, à guarda dos filhos. Demonstraram disposição para revelar dados e colaborar.

Houve, porém, algumas pessoas que se recusaram a participar, alegando não estarem dispostas a lembrar alguns fatos. Outras alteraram inúmeras vezes a data do encontro, fato considerado como significativo da provável dificuldade em lidar com essas questões específicas. Também com este grupo as entrevistas desmarcadas mais de duas vezes não se realizaram.

## 5.4 - RESULTADOS

### 5.4.1- O posicionamento dos operadores do Direito

#### 5.4.1.1 -Educação e sustento dos filhos

Com referência à primeira pergunta dirigida aos operadores do Direito, questionando se a legislação brasileira facilita o entendimento de que os filhos devem ser educados por ambos os pais, obtiveram-se basicamente três categorias de respostas: as afirmativas, as negativas e as que revelam ser cultural o maior problema. Para este último grupo, quase sempre a guarda fica com a mãe em função da estrutura social vigente. Consideram também que os entraves não decorrem da legislação.

*"A mulher é a grande geradora da vida. Cabe a esta a educação dos filhos e*

ao homem, a pensão. Isto está nos acórdãos", justifica um curador.

O grupo que responde de forma afirmativa argumenta basicamente que a legislação é clara ao definir que o pátrio-poder deve ser exercido tanto pelo pai quanto pela mãe.

"A regra de Direito seria de simples aplicação se cada um fizesse a sua parte", argumenta outro representante do Ministério Público.

Os que defendem que a legislação brasileira não facilita o entendimento de que os filhos devem ser educados pelos dois pais percebem que a lei favorece a guarda pela genitora, contribuindo para que esta tome a frente do processo educativo, restringindo o papel do pai.

"A mãe na verdade é quem fica com os encargos. Quando conseguem dividir as responsabilidades a criação é sempre melhor", pondera um representante do Ministério Público, que argumenta também sobre a necessidade de alterações na legislação, esta em desacordo com as mudanças presenciadas na sociedade.

Na visão de outro profissional, uma das "cascas" no Direito de Família é a de que a separação não altera o pátrio poder.

"A legislação praticamente diz que um assume todas as responsabilidades, o outro nem fica obrigado a ver o filho, só a dar a pensão e assim mesmo isto pode ser burlado. A responsabilidade fica toda só com um deles", reconhece outro profissional.

Constatou-se ainda que os entrevistados responderam à pergunta, embasados em diferentes legislações, dado este que altera totalmente o sentido de uma resposta afirmativa ou negativa e impede o levantamento quantitativo. Enquanto alguns argumentavam frente ao disposto no Código Civil, outros referiam-se aos artigos da Lei 6.515, encontrando-se também profissionais que pautavam seus argumentos nos princípios dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente ou

ainda na Constituição.

*"O Estatuto da Criança e do Adolescente facilita, tornou a criança o alvo principal dos processos de família. Antes não, o principal era o casal", responde um advogado.*

A argumentação de que a guarda é vista como um dos atributos do pátrio poder foi constantemente evocada, quando da formulação da terceira pergunta, referente aos direitos e deveres do genitor que possui a guarda. Mais uma vez, para alguns, a lei é clara ao definir que, após a separação, o pátrio poder permanece com os dois. Entretanto, muitos reconhecem que a forma como este é exercido pode não corresponder a esta expectativa. Admitem que geralmente o cônjuge que detém a guarda é quem fica à frente das decisões, cabendo ao outro fiscalizar a educação das crianças. Percebem que grande parte dos pais só encontra os filhos quinzenalmente, restringindo seu papel ao de pais de fim-de-semana. Enquanto para alguns esta é uma consequência natural, pois quem detém a guarda é quem vai determinar a escola, o hospital, etc., de outros profissionais recebe críticas, conforme exposto a seguir.

*"A maioria dos pais vê os filhos só de quinze em quinze dias, não dá para compartilhar a educação, só para passear. É também uma questão de criação de homens; a maioria, quando se separa, separa de tudo", define uma curadora.*

Diversos profissionais do Ministério Público apontam que é comum o afastamento do pai em relação aos filhos após a separação conjugal, avaliando que muitos limitam-se ao pagamento da pensão, algumas vezes até para não encontrar a ex-mulher.

*"A mãe sempre fica com encargos maiores. É ela quem tem que atender a criança 24 horas por dia. O contato com o pai é sempre mais limitado nesses casos."*

Constatam que o papel de quem detém a guarda é fundamental na

permissão e estímulo para o outro genitor se aproximar dos filhos.

*"O Direito avança com a sociedade e por isso é necessário que os pais queiram participar e que as mães permitam. Muitas já reconheceram esta importância",* expõe uma advogada.

Alertam ainda que grande número de pais, após constituir outra família, abandona os filhos do primeiro casamento.

*"...acham que assim como a ex-mulher, os filhos também estão contra eles",* avalia uma curadora.

*"Quando cai a figura do marido, cai também a de pai",* observa outra curadora.

*"O homem refaz a vida mais rápido e muitas vezes deixa os filhos do primeiro casamento de lado",* percebe um juiz.

Quanto a este fato, citam exemplos em que os pais utilizam a palavra "filho" no decorrer da audiência, apenas com referência à prole do segundo casamento.

*"Eles chegam a dizer que não podem dar pensão porque têm que criar os filhos (do segundo casamento)",* explica um profissional.

Alguns reconhecem que o ideal seria sensibilizar as pessoas para compartilhar a guarda, mas não vislumbram possibilidades de isto poder ser cobrado de maneira efetiva.

*"Fica tudo mais com a mãe. O papel do pai está começando a ser valorizado agora",* observa uma advogada que trabalha na área há 25 anos.

*"Os hábitos que a criança adquire são todos do cônjuge-guardião. É ele quem passa essas noções para a criança",* expõe outra advogada.

*"Ao mesmo tempo para o pai é cômodo, ele gosta de chegar no final-de-semana e ver a criança arrumadinha e cheirosa, ele dá um passeio rapidinho e pronto",* palavras agora de um juiz.

*"Inegavelmente o guardião está em um patamar superior, é aquele que foi o eleito para conduzir esta guarda", explica outro magistrado.*

A predominância materna com referência à guarda também foi justificada pelas diferenças biológicas.

*"A mãe por sua vez já se considera mais responsável, até porque já ficou por nove meses com a criança; o homem tem só a sensação externa de acompanhar a gravidez", esclarece um curador.*

Dados sobre o que costuma ser explicado aos pais no decorrer da audiência, em relação à guarda e à visitação, foram enunciados na sétima pergunta. Enquanto para alguns a expectativa é de que nas audiências a regulamentação de visitas e a determinação da guarda já devem estar previamente definidas, uma minoria reconhece que em termos ideais isso deveria ser uma prática corrente. No entanto, justificam a ausência desse procedimento face ao grande volume de trabalho.

*"É linha de produção, acaba-se esbarrando nos limites de cada um, no comprometimento de cada um", explica uma professora.*

*"Considera-se que as pessoas devem ratificar perante a Justiça os acordos, por isso coloca-se todas as questões na audiência", informa uma curadora que reconhece, porém, não ser este um procedimento-padrão.*

Quanto aos advogados, alguns admitem a importância destes esclarecimentos durante o atendimento ao cliente, embora também expliquem não ser isto usual.

*"O advogado de família deve ser ético, não pode fazer qualquer coisa só para agradar o cliente", alerta uma advogada.*

Alguns entrevistados informam que realizam este trabalho em seu escritório, enquanto outros consideram primordial o esclarecimento, mas no decorrer da audiência, sugerindo que seja reduzido o tempo gasto no exame de questões

patrimoniais, para ampliar a explicação sobre os papéis parentais face à separação. Destacam que o mais comum são advertências ministradas nas audiências, quando existem queixas.

*"Pergunta-se na audiência se está tudo bem com relação à guarda. Se alguma das partes questiona, normalmente se percebe que há algo que não está claro e aí se fornece orientação"*, justifica um dos entrevistados.

Um grupo demonstra sérias dúvidas sobre a eficácia desta prática, preferindo restringi-la a situações que percebe como absolutamente necessárias.

*"Só quando há litígio é que o juiz regra, estabelece tudo"*, justifica um magistrado.

*"Se não há litígio, o judiciário não acompanha a questão"*, define outra juíza.

*"O que chega ao judiciário é o que não foi resolvido de uma forma boa"*, para uma curadora.

Foram apresentadas sugestões quanto ao desenvolvimento de campanhas pela mídia, para colaborar com a mudança de mentalidade.

*"A mídia pode fazer milagres neste sentido, porém não faz, parece que apostam no contrário"*, lamenta um juiz.

A formação dos profissionais de Direito também foi bastante evocada, reconhecendo-se a urgência de que questões encontradas no cotidiano das Varas de Família possam ser mais estudadas e analisadas, tanto pelos estudantes como por profissionais com atuação específica na área.

*"É preciso que estas questões sejam enfocadas na formação dos profissionais de Direito"*, exclama uma professora.

#### 5.4.1.2 - Deveres do pai-visitante

Sobre o entendimento do artigo 15 da Lei 6.515 - que faculta aos pais fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos que não estejam sob sua guarda -, enquanto alguns acreditam que nele talvez a palavra "fiscalizar" esteja mal empregada, sugerindo sua substituição por "acompanhar", outros o classificam como um artigo inócuo, já que dispõe sobre o óbvio. Se o pátrio poder permanece com os dois, ambos devem ser responsáveis pela educação da criança.

*"O ideal é que o pai acompanhe a educação do filho. Não deve ser só fiscalização, deve ser participação",* alerta uma juíza.

*"É um artigo mal redigido",* na opinião de um advogado entrevistado.

*"Em tese os direitos e deveres são iguais..., mas a maioria dos genitores nem se preocupa em fiscalizar, só paga uma pensão mínima e o guardião que se vire para cuidar do filho",* relata indignada uma advogada.

Um dos profissionais entrevistados discorreu a respeito de estudos que vem realizando sobre a necessidade do emprego de termos precisos na legislação. Defendeu a expectativa de mudanças de comportamento, conforme previsto quando da redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, com referência à abolição do termo "menor". Críticas também foram deferidas contra a expressão "posse e guarda".

Por outra via, várias alegações também foram apresentadas no sentido de que tal artigo visa a facilitar a fiscalização pelo pai, vista por muitos como salutar e fundamental, já que por vezes, observando prejuízos no desenvolvimento do filho, o genitor solicita alterações quanto à guarda, evocando essa fiscalização. Depreendem que isso é o mínimo que a lei deve assegurar, já que diversos pais demonstram



querer participar mais.

*"A fiscalização é um poder que é dado para materializar o direito do pai. Esse poder de fiscalização vem nessa linha para verificar se os interesses dos filhos estão sendo atendidos",* explica uma professora.

A compreensão de que a redação do artigo não acarreta maiores implicações, dado o desconhecimento das pessoas a respeito do que está disposto na legislação, foi obtida em alguns depoimentos.

*"Na maioria das vezes o pai nem sabe desse artigo, ele segue o que foi acertado pelos advogados",* expõe um curador.

Ao mesmo tempo, outros operadores do Direito não consideram plausível esta fiscalização, agora questionando que:

*"...é preciso um comando único, pois quando dois mandam, quem é que manda ?"* - argumentação feita por um juiz, mas freqüente no discurso de outros entrevistados.

*"Na prática o que traduz mais o dever do pai é o direito a alimentos... Na maioria das vezes o dever de sustento é o que mais corporifica essa relação pai-filho",* define uma professora de Direito Civil.

Alvo de insistentes críticas foi a visitação. Alguns profissionais enfatizam que não há regras explícitas na legislação brasileira sobre este tema.

*"Um problema sério é a visitação, não há na lei regras sobre isso, aplica-se o bom senso",* traduz uma curadora, defendendo a necessidade de legislação específica sobre a matéria.

O entendimento de alguns entrevistados é de que, pela legislação, o pai que não permanece com a guarda não tem obrigação de ver o filho, pois não existe previsão de sanção a ser aplicada, caso a visitação não ocorra. Concluem, portanto, que este ainda é visto como um direito do pai e não como um dever.

*"Há necessidade de que a lei tipifique criminalmente o pai que não visita o filho. Sem sanção não há obrigação",* refere uma curadora.

Na explicação sobre a visitação, foi insistentemente abordado o fato de ser comum o uso dos filhos como instrumento de lutas pessoais, ou seja: mães que dificultam a visitação do ex-marido aos filhos; pais que não a cumprem para não ter que encontrar a ex-esposa, ou até para puni-la. Muitos profissionais apontaram que grande parte dos conflitos que chegam às Varas de Família estão relacionados à visitação, sendo que alguns juizes demonstraram preocupação em afirmar que, sempre que possível, procuram ampliá-la, aumentando o tempo de permanência da criança com o genitor descontinuo, como, por exemplo, dispondo sobre a visitação semanal. Outros, no entanto, defendem a necessidade de o juízo estabelecer minuciosamente os direitos de visita, em vez de determinar a visitação em finais-de-semana alternados, discriminando: primeiro e terceiro finais-de-semana com um dos pais e segundo e quarto com o outro, assim como as férias, Natal, e outros feriados. Muitos advogados observam o descumprimento da visitação por parte dos pais, que alegam encontrar os filhos quando possível.

Esponaneamente, críticas e restrições foram deferidas à aplicação da guarda conjunta.

*"Essa história de guarda conjunta, alternada, na prática não funciona, fica tudo muito solto",* argumenta uma juíza.

Concordando com esta tese, uma curadora explica que a guarda deve ser atribuída a um dos genitores, pois a criança:

*"... deve ter um ponto de referência que seja mais forte, e um dos pais tem que ser este ponto".*

Em contraposição, apenas três entrevistados argumentaram a favor da guarda conjunta.

"Não é solto como imaginam. Nessa guarda a criança tem uma definição de que mora com um dos pais, mas a guarda é exercida pelos dois", explica outro juiz, ao referir-se à dificuldade que enfrenta quando propõe a possibilidade da guarda conjunta. Justifica que diversos advogados, por desconhecerem o funcionamento e os princípios deste tipo de guarda, rejeitam-na de imediato.

Frente aos impasses constantemente observados sobre a guarda e a visitação, alguns profissionais insistem, mais uma vez, sobre a necessidade de serem abordadas com os pais, no decorrer das audiências, explicações sobre os papéis parentais e os respectivos deveres. Outros consideram que esta deve ser uma prática apenas nos casos de litígio, e um terceiro grupo entende que os pais já deveriam ter resolvido esta questão com seus advogados.

Um representante do Ministério Público com atuação em Porto Alegre relatou que, na Vara de Família em que atua, só são estabelecidos horários para a visitação caso os pais não se relacionem satisfatoriamente. Visando a favorecer o contato do pai com os filhos, os profissionais da área optam geralmente pela visitação livre, estimada em torno de 40% dos casos que passam por essa Vara. Caso no acordo esteja discriminado o período de visitas, assim fica estabelecido, se esta for a vontade das partes; porém, sempre se recomenda que esse deve ser um padrão mínimo de visitação. É costume também a leitura de todos os itens relacionados no acordo, questionando se os pais realmente consideram o que está exposto como o mais apropriado. Justifica a curadora que este procedimento ocorre por ser considerado importante que as pessoas ratifiquem perante a Justiça as cláusulas do acordo.

Outro representante do Ministério Público, agora com atuação no Rio de Janeiro, só concorda com a visitação livre quando *"olha para os pais, conversa com eles e fica com a certeza de que com aquele casal vai dar certo"*, pois compreende

que a livre visitação pode ser contraproducente, já que muitos genitores não conseguem viabilizar na prática este procedimento.

#### 5.4.1.3 - Interesse da criança e direitos da criança

Quanto ao uso das noções de interesse da criança e direitos da criança, questionadas na segunda pergunta, alguns profissionais admitem que as questões que se apresentam no Direito de Família brasileiro ainda não estão devidamente relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Enfatizam sobre a necessidade de a legislação específica assimilar os princípios dispostos no Estatuto. "*O Direito de Família não mudou*", admite um advogado.

Apesar da constante referência sobre a importância da análise do que seria o melhor interesse dos menores de idade - "*... o primordial em Direito de Família é o bem-estar e interesse dos menores, depois os dos adultos*", explica um curador -, a indeterminação quanto à definição deste critério foi objeto de crítica por parte de diversos profissionais, ao argumentarem que muitas vezes a sentença proferida parece distanciada desse princípio.

"*O Estatuto não especifica bem quais são estes interesses*", alega um representante do Ministério Público.

"*É um princípio especial, utilizado de forma indefinida no nosso Direito de Família*", conclui uma professora, ao explicar sobre o melhor interesse da criança.

"*Quando se percebe que em tese ambos são bons pais, aí fica difícil*

*determinar esse melhor interesse da criança",* queixa-se um curador.

O posicionamento de certos profissionais é de que o critério em questão delega ao magistrado um amplo poder para encaminhar as questões.

*"Isso facilita porque o casal sabe que o juiz tem esses poderes e que qualquer coisa que aconteça ele pode mudar a sentença",* elogia um magistrado.

*"O juiz passa a ser o defensor do menor, ele tem que estar ali para defendê-lo",* expõe outro juiz.

Já a visão de outra juíza é de que dispõe de algumas idéias próprias sobre o comportamento e as necessidades de desenvolvimento que as crianças apresentam. Por exemplo: não vê impedimento em pais trocarem fraldas de crianças pequenas ou pemoitarem com elas. O mesmo exemplo foi utilizado por outro magistrado que, ao evocar sua experiência de vida, defende que crianças pequenas necessitam mais da mãe, fato que contribui para que nestes casos o tempo de visitação do pai seja reduzido. Compartilhando esse entendimento, uma curadora concluiu que:

*"... até uma certa idade o melhor para a criança é estar na companhia da mãe: para os meninos até o limiar da adolescência e para as meninas até os dezoito anos."*

Justificativas também foram apresentadas sobre a importância de a guarda ser atribuída ao denominado "genitor afetivo", aquele que possui melhor relacionamento com a criança.

A utilização constante de experiências pessoais vivenciadas pelos representantes do Juízo de Família foi referenciada por grande parte dos entrevistados, que também justificam freqüentemente o emprego do bom senso no julgamento das questões. Partindo deste ponto, jovens curadores e juizes expressaram seu receio em atender pessoas com mais idade do que eles e, fatalmente, com mais experiência de vida, questionando: *"Seria legítimo dar*

*conselhos a estes?"* Inversamente, os que contam com idade mais avançada defendem que suas vivências contribuem para o entendimento e determinação das sentenças, exemplificando com problemas presenciados na própria família.

*"Na verdade, nas Varas de Família usa-se a experiência que se tem enquanto pais, filhos..."*, define uma curadora, retomando o argumento do bom senso, justificado pela noção de melhor interesse da criança.

*"O juiz busca os fundamentos na lei e na experiência da vida"*, discorre um magistrado ao explicar que sua experiência como avô lhe oferece grande respaldo para a compreensão dos direitos da criança.

Ao procurar averiguar sobre o alcance dos princípios dispostos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança na sua relação com o Direito de Família brasileiro, disposta na pergunta de número 4, doze entre os vinte entrevistados (60%) concluem que este instrumento não foi assimilado, ainda, pelo Direito de Família brasileiro, e dois reconhecem que não sabem qual foi a real influência daquela sobre este

*"Não há no Judiciário do Rio de Janeiro a cultura de usar documentos internacionais"*, define uma professora.

*"A Convenção, pelo tratamento uniforme que pede aos diferentes países, fica mais difícil ainda de ser implantada"*, reconhece uma juíza.

*"O Brasil é signatário de vários atos que na verdade não são de conhecimento..., por isso não há preocupação de se adaptar ou mudar as nossas leis para seguir estas Convenções"*, esclarece um curador.

A compreensão de uma professora de Direito Civil, entretanto, é de que :

*"A Doutrina da proteção integral, fundamento dessa noção de direitos da criança, passou a ser o norteador de tudo. Ela deve ser empregada em qualquer área do Direito quando estão referidas crianças e adolescentes. Não se pode fazer*

*uma leitura de normas de Direito de Família sem estar harmonizado com esta doutrina."*

Reconhece, porém, que tais questões não costumam ser abordadas na literatura sobre Direito de Família no Brasil, desconhecendo-se geralmente essa mudança ou, como argumenta uma advogada:

*"Não existe uma doutrina em Direito de Família, uma formação específica", defendendo que "é necessário reescrever esse Direito de Família".*

Compreensão distinta é apresentada por outros profissionais que expõem:

*"Os direitos que a Constituição assegura não são perseguidos nas Varas de Família porque neste âmbito a criança está no seio da família. Os direitos que constam na Constituição são direitos amplos, são necessidades diferentes as que se encontram nas Varas de Família."*

*"Nas Varas de Família normalmente os menores não estão desassistidos; na Infância e Juventude podem estar", complementa um juiz.*

Foram poucos os profissionais entrevistados que relataram mudanças no cotidiano dos juízos de família, em decorrência dos princípios dispostos na Convenção. Mesmo assim, fazem ressalvas de que as alterações acontecem em alguns juízos e não de maneira uniforme.

#### 5.4.1.4 - Deveres conjugais e deveres parentais

Como aparentemente a legislação brasileira ainda permite relacionar a culpa à atribuição da guarda, conforme previsto no artigo 10 da Lei 6.515, procurou-se, por meio da pergunta de número 6, averiguar a influência deste artigo no cotidiano dos juízos de família. A grande maioria dos entrevistados afirmou que, atualmente, deixa-se de lado este argumento, favorecendo a interpretação pelo critério de melhor interesse da criança. Conseqüentemente, é necessário avaliar se a culpa apurada pode ser prejudicial no relacionamento com os filhos. Para muitos, o consenso atual é de que a relação entre pais e filhos não deve ser confundida com a relação entre os cônjuges.

*"Relacionar a culpa à perda da guarda é muito pouco usado", atesta um advogado.*

*"O Direito de Família brasileiro assume cada vez menos a pesquisa da culpa. Saiu da noção de divórcio-sanção para a de divórcio-remédio...", explica uma professora.*

Talvez expondo o que para muitos é exceção, um juiz entrevistado apresenta um caso recente no qual o Supremo Tribunal julgou culpada uma mãe adúltera, com a conseqüente perda da guarda da filha. Esse processo iniciou-se quando a criança estava com dois anos e, face ao grande número de recursos e apelações impetrados, ao ser proferida a sentença final, a menina já havia completado dez anos, tendo permanecido com a mãe durante todo este período. Explica o juiz que foi muito difícil a execução da sentença e que ele próprio tem dúvidas se foi analisado o que seria o melhor interesse da criança. Como a sentença já chegou definida pelo Supremo Tribunal, não havia mais possibilidade de alteração. Talvez explicações



fornecidas por outro entrevistado com relação à aferição da culpa colaborem para o entendimento do fato.

*"Certamente esta ( a culpa) pode ser uma medida que vai atingir os filhos, mas entende-se que, se houve culpa, deve haver uma resposta da lei na forma de uma sanção."*

Neste sentido, na visão de alguns profissionais, apesar de cada vez ser menos utilizado, este argumento está previsto na lei e pode ser aplicado. Um dos entrevistados expõe que a aferição da culpa significa que a pessoa não cumpriu com um ou mais deveres do casamento e, em consequência, fica sujeita à sanção prevista em lei. Informa ainda que na sua experiência são poucos os processos em que a guarda é atribuída ao cônjuge culpado. Um dos representantes do Ministério Público identifica que esta ainda é uma tradição do Direito, considerando que:

*"... quando é estabelecida a culpa na separação, deixa-se o filho com o cônjuge considerado não-culpado, como uma compensação".*

Uma professora de Direito Civil reconhece que, apesar do entendimento quase unânime de que este conceito é ultrapassado e deve ser abandonado, ainda está disposto na lei - fato que talvez tenha contribuído para que cinco profissionais entre os vinte entrevistados tenham textualmente afirmado que esse critério ainda permanece em uso.

Semelhante interpretação é apresentada quanto às implicações sobre o abandono de lar, questionado na pergunta de número 8. Alguns reconhecem que o abandono, em tese, pode complicar a definição da guarda.

*"Se a pessoa não foi responsável em dado momento, não pode querer convencer de que agora é responsável",* adverte um juiz.

*"Pode não perder o pátrio poder, mas a guarda é quase certo que não conseguirá, pois não cumpriu o dever de educar os filhos",* informa outro

entrevistado.

Muitos classificam como uma noção em desuso, semelhante à de culpa.

*"Isto deve ser visto como um fato da relação pessoal, conjugal, pois a pessoa pode ser obrigada a abandonar o lar"*, esclarece outro juiz.

*"Será que é culpado quem tomou a iniciativa de mostrar a todos que o casamento está falido? Isso já mudou"*, define um juiz.

Entretanto, mesmo os que percebem dessa maneira, ressalvam que casos em que os pais tenham saído de casa e passado vários anos fora costumam ser interpretados como sinônimo de desamor para com os filhos.

*"Se, por exemplo, o pai simplesmente sai de casa e não leva a criança, é sinal de que a mãe das crianças é boa, senão, o pai deveria ter levado as crianças junto"*, define uma curadora.

Outros entrevistados responderam que, apesar de não concordar com o artigo em referência, reconhecem que a forma como o abandono de lar está relacionado na legislação favorece, ainda hoje, a correlação com a perda da guarda.

*"Considera-se que se a mulher apanha ela deveria registrar queixa, se não registrou, pode ser prejudicada"*, relata um advogado evocando suas observações.

#### 5.4.2- O posicionamento dos pais

A amostra de pais separados foi composta de forma aleatória, contando com dezoito pessoas do sexo feminino e oito do masculino. Foram recusadas entrevistas com parentes e amigos, visando a evitar constrangimento, face à revelação de questões familiares. Quanto à categorização da amostra, apenas uma pessoa estava na faixa etária entre 20 e 30 anos; quinze, na faixa entre 31 e 40 anos e dez tinham mais de 40 anos, sendo que vinte e quatro pessoas, ou seja, 92%, haviam concluído o ensino superior.

Quanto ao tempo de separação na justiça, oito eram recentes, de até três anos. Quatro entrevistados situavam-se na faixa de três anos e um mês a cinco anos; nove estavam separados entre cinco anos e um mês e oito anos, e cinco encontravam-se separados há mais de oito anos. Com referência à composição familiar - considerando-se, para efeito deste questionamento, apenas os filhos em comum do casal que se separou -, onze pessoas possuíam um filho, quatorze contavam com dois filhos e apenas uma tinha três filhos.

As entrevistas tiveram a duração média de cinquenta minutos. Observou-se que diversos entrevistados pareciam necessitar expor suas opiniões e vivências sobre a questão, apesar da aparente ansiedade frente à expectativa do relato. Várias pessoas, ao longo dos depoimentos, pareciam fazer associações de fatos até então ignorados, quando se surpreendiam relacionando atitudes e comportamentos atuais a situações de seu passado, chegando a concluir: *"engraçado, agora que estou relacionando isso"*. Muitos sugeriram que a Justiça deveria contar com uma equipe multidisciplinar para orientar as pessoas e, quando necessário, realizar acompanhamentos.

#### 5.4.2.1 - A guarda dos filhos e suas implicações

Procurando delimitar o que foi compreendido pelos pais com referência à guarda dos filhos na audiência de separação, elaborou-se a primeira pergunta. Das vinte e seis pessoas, vinte e quatro (92% da amostra pesquisada) responderam que a guarda foi atribuída à figura materna. Houve ainda um caso de guarda concedida ao pai, pois na audiência de separação a mãe da criança alegou não poder ficar com a guarda, e outro, de determinação de autoridade parental conjunta, já que a separação conjugal foi realizada na França.

Dos vinte e quatro casos de guarda materna, em doze coube ao pai a visitação em finais-de-semana alternados. Em seis casos, além da visitação quinzenal, aos pais foi também permitido encontrarem os filhos, pelo menos uma vez por semana, desde que isto não atrapalhasse o ritmo de estudo das crianças, possibilidade que nem sempre era aproveitada<sup>37</sup>. Uma das mães relatou que, como havia-se separado quando os filhos ainda eram pequenos, a visitação estabelecida foi de um dia todos os finais-de-semana, sem pernoite com o pai. Outro caso era de visitação semanal, com possibilidade de pernoite. Os demais quatro referiam-se à guarda materna, porém com visitação livre.

*"Ser mulher na separação é melhor, porque a mulher fica com o filho", pondera uma mãe. Enquanto outra reconhece que "se fosse pai não acharia isso justo", iria sentir-se prejudicada, mas sem dúvida seria mais presente do que o pai de sua filha.*

<sup>37</sup> Curiosa, no entanto, era a resposta inicial das mães, que só mencionavam a visitação quinzenal dos ex-maridos. Só posteriormente acrescentavam que fora estabelecido também, no acordo, que estes teriam direito de encontrar o(s) filho(s) durante a semana.

Dos oito homens entrevistados, um possuía a guarda da filha, conforme exposto acima, mas, apesar de ter sido responsável pelos cuidados com esta quando pequena, agora a menina residia com a mãe, embora a guarda oficialmente ainda fosse dele. Outro tinha situação inversa: morava com os filhos, mas a guarda foi atribuída à ex-mulher. Nestes dois casos os pais relataram que sempre concordaram que as ex-esposas visitassem os filhos quando desejassem.

Um terceiro pai contava com a visitação livre, enquanto outro admitiu que sempre estivera afastado do filho e só agora, com o rapaz adolescente, o contato ficou mais próximo. Para os demais quatro genitores o acordo estabelecido foi o que denominavam de "o comum": guarda com a mãe e visita quinzenal do pai. Alguns conseguiram estabelecer acordos posteriores com as ex-esposas, para encontro com os filhos durante a semana. Todos esses quatro genitores apontaram descontentamento quanto à determinação clássica de a guarda dos filhos ser concedida à mãe das crianças. Foram unânimes na afirmação de que gostariam de alterações no que foi disposto e consideravam que isto só seria possível se houvesse o trabalho de uma equipe multidisciplinar junto à justiça, para acompanhar a questão e orientar os pais. Caso contrário, percebem que *"é muito pesado para um filho assumir que quer residir com um pai"*.

Um dos genitores expõe ser, para ele, notório que o acordo de visitação estabelecido na época de sua separação conjugal não satisfaz mais as necessidades apresentadas pelos filhos. Argumenta que tem ciência de que pode reabrir o processo solicitando revisão, mas considera difícil, pois, além de gastos com advogados, esta decisão implicaria novas desavenças com a ex-mulher e depoimentos dos filhos, conforme preocupação apontada por outro pai:

*"A não ser que haja uma situação extraordinária as pessoas não entram com pedido de revisão; é custoso em todos os sentidos"*, explica este pai.

"Os casos, quando chegam à esfera jurídica para revisão, já são extremos. Se não for extremo, não há possibilidade de ser visto na Justiça, não há equipes para tratar dessas questões", na visão de outro pai.

"Deveria haver alguma coisa já determinada para se retomar, por exemplo, três anos depois", sugere um pai ao referir-se à necessidade de mudanças no acordo, frente às diferentes fases de desenvolvimento da criança e após o fim do que denomina "período de turbulência" da separação. "O momento inicial da separação é de alta turbulência, mexe muito, são muitas somatizações, muitas tensões, são por isso mesmo períodos difíceis para a pessoa tomar decisões", justifica.

Alegam também que, nesse período de impacto da separação, foram informados por advogados e pela família de que a guarda deveria ser da mãe de seus filhos, a não ser que houvesse algum fato que desabonasse a conduta desta. Um dos pais explica que, quando cogitou em ficar com a guarda dos filhos, a família e os amigos o desaconselharam, argumentando que as crianças sempre devem permanecer com a mãe, pois ficam melhor com esta. Outro, no encontro com o advogado, foi demovido da idéia de tentar uma disposição diferente sobre a guarda.

"Meu advogado disse que era assim: filhos com a mãe e o pai via quinzenalmente e que não adiantava tentar diferente."

Ainda entre esses quatro genitores que possuíam este tipo de guarda, três relataram de forma espontânea que passaram por problemas de saúde após a separação, quando admitem ter somatizado a dificuldade de se adaptar ao afastamento dos filhos.

"É automático, parece que quando os pais separam, os filhos devem se separar logo também do pai", queixa-se um dos entrevistados.

*"Nas outras áreas não se percebe mais nenhum tipo de privilégio por sexos, como por exemplo: chefias no trabalho, tipo de trabalho, tanto faz se a pessoa é homem, ou mulher", compara outro pai ao examinar a determinação de guarda de crianças.*

*"Esta decisão empurra os pais para a não-participação", interpretação também obtida.*

Uma das mães entrevistadas expõe que seu ex-marido não suporta ser designado como pai-visitante, um dos motivos pelos quais este solicitou revisão do processo, propondo a guarda compartilhada.

Buscando compreender o que foi apreendido pelos pais durante a audiência quanto à determinação de guarda, obteve-se como resposta à segunda pergunta que, para vinte pais entrevistados (76,9%), a percepção é de que nada foi explicado sobre o assunto.

*"Há necessidade de maiores explicações porque quem está com a guarda fica com um sentimento de posse. É como se os filhos fossem só dela", explica um pai.*

Outro pai compreende que muitas questões relacionadas à guarda - visitação e o período de férias das crianças - não são bem pensadas no momento da separação. Relata que, quando procurou o advogado, este informou somente que a separação poderia ser consensual ou litigiosa: uma, mais rápida e mais barata; outra, mais demorada e mais cara. O pai optou pela primeira.

*"A separação também é um acontecimento importante na vida das pessoas, de sofrimento emocional, de ruptura, é um momento muito ruim, por isso se espera que o juiz fale alguma coisa", ilustra outra pai.*

Uma das entrevistadas relatou que, curiosamente, na época de sua separação ela cursava Direito e conhecia procedimentos jurídicos. No entanto, sua

audiência na Vara de Família lhe causou uma sensação bastante desagradável, já que foi muito rápida e ela não pôde falar nem tecer considerações sobre a guarda de sua filha.

O modelo adversarial seguido por muitos advogados também foi combatido e criticado.

*"Eu não queria aquele clima. Quando vi, os dois advogados estavam numa briga verbal, foi horrível"*, informa, decepcionada, uma das mães.

Nas visitas ao fórum para as entrevistas, reveladora foi a observação de um funcionário do cartório, que afirmou ficar surpreso com a alegria demonstrada por alguns advogados ao término das audiências em Varas de Família. Ganhar do colega que representava a outra parte era para alguns um imenso mérito, com direito a cumprimentos até dos funcionários do cartório, já que perder ou ganhar uma causa transforma-se, por vezes, na preocupação principal.

Muitos foram os entrevistados que apontaram a rapidez nas audiências de separação como um fator de surpresa e decepção. Esperavam maior disponibilidade e explicações mais específicas, dada a grande expectativa da situação.

*"A separação é muito rápida... é o contrário do ritual do casamento..."*, constata uma das mães.

*"Foi uma audiência-relâmpago"*, recorda um pai.

Alguns genitores perceberam também que, no decorrer de sua audiência, a preocupação maior foi com a questão patrimonial. Já com referência à guarda, a avaliação restringia-se ao valor da pensão.

*"Na hora da partilha de bens, parece que as crianças entram como um bem material, algo de posse, como se fosse um patrimônio"*, expõe um pai, com certa indignação.

Outro pai conta que já pensou até em pagar só a pensão e deixar todos os



encargos com a ex-mulher, sem preocupações com os filhos, como muitos genitores que conhece fazem.

*"Foi muita coisa a respeito dos bens"*, atesta uma mãe sobre o fato de nada ter sido explicado sobre a guarda.

Quanto à divisão de responsabilidades e cuidados com os filhos na vigência do casamento, onze dentre os vinte e seis entrevistados relataram que todos os cuidados com os filhos ficavam com a genitora. *"Tudo comigo"* foi uma das frases mais frequentes entre as mães deste grupo. Algumas queixavam-se de que, apesar de terem a mesma profissão do marido, eram responsáveis também por todos os afazeres com os filhos. Sete pessoas informaram que os genitores eram realmente pais presentes. Os outros oito entrevistados consideravam que, de alguma forma, os dois participavam no cuidado dos filhos, apesar da ressalva de algumas mães de que esta ainda não era uma divisão equânime.

Na avaliação de mudanças frente às responsabilidades com os filhos, decorrentes da separação conjugal (quarta pergunta), dezessete entrevistados (65,3%) admitiram que as tarefas relacionadas aos cuidados infantis são exercidas apenas pelas mães. Dez entre as onze pessoas que na resposta anterior reconheceram que, mesmo durante o casamento, os encargos com os filhos eram de responsabilidade materna, agora avaliaram que todas as tarefas permaneciam com elas. *"Ele participa da mesma forma, já que antes também não participava"* - constata uma das mães.

A esse grupo somam-se mais sete entrevistados que indicaram uma correspondência direta entre necessidades infanto-juvenis e cuidados maternos após a separação. Dezesseis pessoas relacionaram também que não só as responsabilidades eram maternas, como as decisões no cotidiano dos filhos eram assumidas pelas mães, agora separadas. Algumas informaram que no início da

separação até tentaram dividir algumas questões do cotidiano de seus filhos com os ex-maridos, mas não conseguiram. Admitiram, todavia, que já se haviam surpreendido com preocupações demonstradas pelos respectivos ex-cônjuges, que, solicitados por elas, prontamente passaram a participar mais do cotidiano na adolescência dos filhos. Algumas reconhecem que os ex-maridos até aparentavam querer participar do contexto dos filhos, porém pareciam não saber como fazê-lo.

Outras assumem que podem e preferem fazer tudo sozinhas, não permitindo interferência do pai das crianças. Certas mães justificaram essa exclusão pelo fato de os respectivos ex-maridos residirem em outra cidade. Interessante, já que com referência à autoridade parental conjunta, a pessoa entrevistada respondeu que, apesar de o ex-cônjuge residir na França, ela sempre procura compartilhar as principais decisões referentes à vida do filho.

Em correlação com este dado, na quinta pergunta dezenove entrevistados (73%) reconheceram que, após a separação, o genitor que não detém a guarda participa menos das decisões pertinentes à educação das crianças. Um dos entrevistados exemplificou, relatando que já teve graves conflitos com a ex-esposa, que queria colocar os filhos em uma escola com mensalidade mais barata. Interpreta assim que quem está com a guarda leva uma vantagem imensa, pois sabe que ela poderia efetivar essa troca de escola e, se fosse o caso, justificar perante a justiça.

*"No contato do dia-a-dia, o pai fica sem recursos, sem possibilidades com os filhos",* complementa este pai.

Os sete restantes avaliaram que não houve diferença: três porque os pais-visitantes nunca participaram e quatro por considerarem que o pai-visitante sempre atuara muito.

Uma das mães que não admite interferência do ex-marido na educação dos filhos explica que, como este nunca ligou para as responsabilidades paternas e ela

tem um modo diferente de pensar, resolveu assumir tudo, "autoritariamente".

*"Se der errado a culpa é minha"*, define outra mãe, reconhecendo que praticamente não permitia interferência do ex-marido, o qual considerava muito rígido com os filhos.

Outras alegavam que, como o pai das crianças não cumpria com o pagamento da pensão, não possibilitavam argumentações sobre a educação da prole. *"Quem paga resolve"*, justificavam.

Também foram obtidos relatos de mães que, por terem ficado com raiva dos ex-maridos, recusavam a interferência destes na condução do processo educativo dos filhos.

Na entrevista com a pessoa que possui a autoridade parental conjunta, esta explicou que, com referência às decisões, o ex-cônjuge participa igualmente, porém as tarefas do cotidiano ficavam com ela, pelo fato de o pai da criança residir em outro país. Se ele quisesse pôr obstáculo, ela não poderia matricular o filho na escola que escolheu. Admite ainda que isso é bastante explicado na designação da autoridade parental conjunta.

Um dos pais, ao queixar-se da pouca influência que exerce na educação do filho, exemplificou com vários comportamentos que observa nele e com os quais não concorda: comer em frente à televisão, jogar vídeo game o tempo todo, etc. Admite, porém, que é difícil, em contatos quinzenais, mudar esses hábitos.

*"O conflito em relação à educação é grande, e leva vantagem quem tem a guarda"*, expressa outro pai.

Muitos acrescentam que não falam mais com a ex-mulher, o que também contribui para dificultar o compartilhamento de decisões.

*"Ele não tem como participar porque não fala comigo"*, admite uma das mães.

Algumas genitoras chegam a relacionar que, após a separação, seus ex-maridos parecem menos competentes ou mais inseguros para lidar com o cotidiano dos filhos, não sabendo o que fazer face a uma série de situações e recorrendo a elas para que decidam.

*"Atualmente, quando ele sai com as crianças e acontece alguma coisa, ele não sabe o que fazer e liga para mim",* atesta uma das mães.

O genitor que cuidava dos filhos resume a questão definindo que nitidamente, no início da separação, quando os filhos permaneceram com a ex-esposa, ele participava menos; depois, quando a situação se inverteu e ele ficou com os filhos, ela passou a participar bem menos. Queixa-se inclusive do afastamento atual da ex-esposa em relação aos filhos.

Na avaliação do relacionamento dos filhos com os pais, disposta na sétima pergunta, a referência às dificuldades com filhos adolescentes foi uma constante nos depoimentos. Uma das mães expõe que sempre criticou muito o ex-marido e que os filhos se colocavam na obrigação de defendê-lo. Agora que necessita da interferência do ex-cônjuge junto aos adolescentes, ela chega a defendê-lo nas atitudes que toma em relação aos filhos, que por isso a contestam. Conclui, entretanto, que foi bom para os filhos, pois agora não precisam mais defender incondicionalmente o pai.

Para certos pais-visitantes, uma proximidade maior só foi conseguida quando os filhos atingiram a adolescência, fase em que, pela liberdade de locomoção, deixaram de depender dos dias de visita para encontrar o pai.

Alguns genitores entrevistados classificaram o relacionamento com os filhos como insatisfatório, já que só os encontravam quinzenalmente.

*"Da forma como a lei divide, sacrifica-se a mãe, porque esta fica com todos os problemas. Por outro lado o pai vê pouco o filho e acaba participando pouco em*

*sua educação*", define um pai.

Enquanto algumas mães reconhecem que seria bom para os filhos se fossem mais próximos dos genitores, outras demonstram certo arrependimento por não terem permitido uma proximidade maior do ex-cônjuge.

*"Acho que, se não tivesse atrapalhado, eles teriam um relacionamento melhor"*, percebe atualmente outra mãe, ao relatar seu desapontamento quando na audiência a juíza repreendeu o ex-marido por não estar pagando pensão e este respondeu que para a filha dele não faltava nada (a do segundo casamento).

Diversos foram os depoimentos de mães que consideravam insuficiente o relacionamento de seus filhos com os pais, algumas tecendo correspondência direta com o fato de o ex-marido possuir nova família: *"Deveriam ter mais convivência com o pai. Só fim-de-semana não é o dia-a-dia"*, adverte uma das mães. *"...quando têm outra família, acabam se distanciando dos filhos"*, revela outra mãe.

*"Agora parece que os filhos é que têm que puxá-lo para perto, senão ele não se aproxima"*, percebe outra mãe, complementando que os filhos adolescentes queixam-se de que *"o pai parece mais infantil do que eles, mais carente"*.

Determinadas genitoras se sentiam culpadas pela vida imposta aos filhos após a separação conjugal, apesar de expressarem que pessoalmente se sentiam melhor separadas. Avaliaram que os impasses surgidos no decorrer do processo de separação acabaram por influenciar o relacionamento entre pais e filhos. Uma das mães comentou que havia explicado aos filhos que a separação era entre os pais e, não, dos pais com os filhos; porém depois constatou que, no caso dela, não foi isso que aconteceu.

A entrevistada que possui autoridade parental conjunta nota que o filho sente muita falta do pai, que reside no exterior. Esclarece, no entanto, que ela não se propõe ocupar esse lugar; faz muitas referências ao ex-marido para a criança e,

quando acha necessário, diz: *"Seu pai não gostaria de lhe ver fazendo isso"*.

O pai que tomava conta dos filhos também avaliou que sua ex-esposa deveria fazer-se mais presente. Outros reconhecem que os filhos percebem nitidamente as diferenças entre o pai e a mãe e o que se passa em cada casa.

*"São duas maneiras diferentes de viver, mas eles lidam bem com isso, percebem o que podem com um e com o outro"*, esclarece uma das mães.

Onze mães da amostra (61,1% das entrevistadas) admitem que se sentem sobrecarregadas frente aos cuidados com os filhos, já que assumem as decisões sozinhas. No entanto, concluem que o ex-marido perde muito por não participar mais da vida dos filhos, não acompanhar de perto este desenvolvimento.

*"A princípio quem fica com a guarda tem mais oportunidade de acompanhar o crescimento dos filhos, e os homens, às vezes, se aproveitam disso para se esquivar, justificando que a guarda está com a mãe"*, conclui uma entrevistada.

Foi citada também a sobrecarga financeira, com insistentes queixas de que muitos maridos não cumprem com o pagamento da pensão da forma como foi estabelecido. Alegam muitas mães que o salário que recebem é todo empregado com as despesas da casa, mesmo quando os filhos contam com a pensão do genitor.

Se para certas mães é difícil tomar todas as decisões sozinhas e não ter o pai de seus filhos para compartilhar os problemas, diversas afirmaram que, apesar da sobrecarga, possuem o poder de decidir o que querem ou o que consideram melhor e que *"isto é muito bom"*. Admitiu esta que algumas vezes o pai de sua filha contestava suas decisões, mas ela fazia o que considerava melhor. Outra entrevistada contou que *"até gostou"* quando o ex-marido resolveu desaparecer da vida dos filhos, pois não concordava com os procedimentos deste com as crianças. Ainda sobre o não-compartilhamento de decisões, uma mãe afirma ser esta uma

situação cômoda, pois decide o que quer, embora não saiba se a filha gosta.

O pai que cuidava dos filhos (autodenominava-se "pãe") confirmou que se sentia muito sobrecarregado ao cuidar dos três filhos, quando sua esposa decidiu morar no exterior. Considerava a situação injusta, defendendo que as questões deveriam ser repartidas, pois tudo era com ele, até financeiramente, e a ex-esposa ainda reclamava.

Das mães que não se sentiam sobrecarregadas, poucas referiam-se à colaboração do ex-cônjuge na educação dos filhos; a maioria relatou ajuda da família ou justificou que o modelo de mãe vivenciado por elas foi este. Uma das entrevistadas ficou surpresa com o próprio relato, quando afirmou que na adolescência dos filhos foi que sentiu necessidade de participação do ex-marido. Nesse momento recordou que assim também fora com seus pais. Ela só tivera o genitor como uma figura parental realmente presente a partir dessa etapa de desenvolvimento.

O pai que inicialmente permaneceu com a guarda da filha não se sentiu sobrecarregado, pois teve grande ajuda da família, *"até por ser homem"*, justifica.

Os quatro pais-visitantes da amostra referem o afastamento que sentiram dos filhos e de seu cotidiano após a separação. Um deles exemplifica que *"é como se tivessem passado uma borracha no desenvolvimento deles"*, pois se surpreende sempre com traços que só agora, na adolescência dos filhos, conhece, na medida em que consegue maior proximidade deles. Outros demonstram receio de que o novo companheiro da ex-mulher assumira o papel que lhes cabe.

A respeito do envolvimento emocional dos ex-cônjuges com os filhos, questionado na nona pergunta, determinadas mães afirmaram que os ex-maridos não dedicavam aos filhos a atenção devida, deixando-os magoados, em conseqüência. Outras reconheciam que os filhos adoravam o genitor masculino, até

pela defesa constante que faziam deste, principalmente contra críticas proferidas por elas. Foi relatado também que, para muitas crianças, a aproximação com a família do pai, através de tios e avós, supria um pouco o afastamento do genitor. Um pai simboliza que houve uma procura "do ninho" por parte dos filhos, que passaram a freqüentar mais a casa dos avós paternos.

Os quatro pais-visitantes relataram dificuldades de relacionamento dos filhos com as respectivas ex-mulheres. O pai que cuidava dos filhos avaliou que o relacionamento emocional destes com a mãe era insuficiente, pois não supria as necessidades demonstradas pelas crianças.

#### 5.4.2.2 - Deveres do pai-visitante

Procurando especificar as atribuições do pai não-guardião na educação dos filhos, colheu-se o dado na sexta pergunta de que a participação deste quase sempre fica restrita aos momentos de visitação, reafirmando as respostas obtidas na quinta pergunta. Nove pessoas (34,6%) expressaram que o cônjuge designado como visitante não possuía qualquer participação na educação dos filhos.

Ainda neste item, diversas foram as mães que admitiram que, quando os filhos ingressaram na adolescência, elas sentiram maior necessidade de apoio dos ex-maridos. Argumentaram sobre a importância da figura de autoridade do pai para ajudar a estabelecer limites para os adolescentes. Uma das mães contou que tão logo se iniciaram os problemas com os filhos, chamou o ex-marido, apesar de tê-lo afastado a vida inteira. Outra justifica que a rebeldia do adolescente fez com que ela



recorresse ao ex-cônjuge.

Um genitor reclamou que a ex-esposa não perguntava nada sobre as atitudes que deveria tomar em relação aos filhos: *"ela faz o que quer"*. No entanto, quando havia algum problema com os meninos, agora adolescentes, ela ligava, às vezes no meio de uma discussão, para ele resolver o assunto.

Outro pai queixou-se de que soube pelos filhos que a ex-esposa desejava mudar de residência, para um lugar bem mais distante, conseqüentemente trocando os filhos de escola. Porém, sabedora de que ele era contra, disse às crianças que só lhe comunicaria quando a mudança estivesse no caminho.

O pai que assumiu a responsabilidade com os filhos, apesar de oficialmente a guarda ter sido designada à ex-mulher, informou que quando foi residir com eles passou a tomar todas as decisões; no entanto, a ex-mulher sempre o questionava ou discordava das soluções apresentadas por ele.

A entrevistada que possuía a autoridade parental conjunta afirmou que, apesar de o ex-marido residir no exterior, ela lhe participava todas as decisões e, se ele quisesse opinar, ela aceitava, já que a construção que sempre fizeram foi essa. Esclarece que aprendeu a pensar no partilhamento da educação do filho quando residiu fora do país, pois o exemplo que vivenciou foi diferente. Como seus pais são separados, sua mãe sempre ficou com todas as obrigações e preocupações em relação aos filhos. Seu pai reservou-se apenas o direito de acusar a ex-esposa, lançando-lhe sempre toda a culpa.

Quanto aos procedimentos de visitação, questionados na décima pergunta, quatro entre os vinte e seis entrevistados responderam que continuam cumprindo o que foi estipulado no acordo judicial. Seis admitem que a visitação atual é mais freqüente do que constava no acordo, muitas vezes com encontros entre pais e filhos durante a semana. Porém, dezesseis reconhecem que a visitação habitual é mais

escassa do que o combinado inicialmente. Neste último caso, muitas vezes não existem mais regras ou horários rígidos para esse encontro, porém a flexibilidade, às vezes até pela faixa etária dos filhos, contribui para que os encontros sejam mais esporádicos.

Problemas quanto à indefinição de horários de visitação dos pais também constaram do relato de diversas mães. Situações em que pais marcavam hora para pegar os filhos e não compareciam, ou se atrasavam muito, foram expostas por algumas mães, que observavam o sofrimento dos filhos frente a este comportamento. Sentiam que este fato atingia também suas vidas, já que elas não podiam programar o próprio final-de-semana.

*"Ele dizia que ia pegar as meninas, marcava hora e não aparecia ou então deixava as filhas esperando por muito tempo. Às vezes ficava sem dar notícias ou pegar as meninas, e elas ficavam com uma grande expectativa",* explica uma entrevistada.

Assim, acertar a visitação com os genitores também foi descrito como um processo penoso e desgastante, conduzindo algumas mães à conclusão de que, quando o pai não quer visitar os filhos, o cotidiano se torna mais simples. Reclamações também foram feitas sobre o comportamento de ex-maridos com os filhos, quando muitos não impõem limites, deixando as crianças fazer o que desejam, e, quando estas retornam a casa, *"tem que colocar nos eixos novamente",* critica resignada uma mãe.

Outra genitora se disse surpresa com o comportamento do ex-marido após a separação. Quando ocorreu o rompimento conjugal, os filhos já eram adolescentes, e, no início, o pai saía sempre com eles nos finais-de-semana. Depois mudou de cidade, foi morar com outra pessoa e afastou-se dos filhos. São estes que o procuram. Surpreendeu-se esta mãe com o próprio relato de que os filhos "estão

*fazendo mais do que ele para manter esse relacionamento".*

Contrariamente, deixar que a visitação seja livre, sem ser escassa, foi avaliado por muitos pais como uma necessidade que se impõe no dia-a-dia de pais e filhos.

As férias, entretanto, parecem ser motivo de discórdia para muitos pais. Dos vinte e cinco casos nos quais os filhos estavam sob os cuidados maternos, em quatorze (56%) crianças e adolescentes não costumavam passar períodos de férias na companhia dos genitores. Dos outros onze casos (44%), três, segundo as mães, passavam férias, na verdade, na companhia de avós paternos.

*"Férias ele nunca ficou com os filhos, ele diz que não é um dever dele, é um direito."*

Outra mãe queixou-se de que as férias são sempre indefinidas. Às vezes o ex-marido quer ficar com os filhos nos quinze dias a ele destinados; outros anos, em cima da hora, ele avisa que não vai poder assumir a responsabilidade com as crianças nesse período. Semelhante crítica foi apresentada por outra mãe que queria obrigar o ex-marido a ficar com os filhos, pelo menos durante um período de férias, para ela também poder ter descanso. Relatou, entretanto, que sua advogada desaconselhou, informando que era um direito do pai estar com os filhos e que ela não poderia obrigá-lo. Neste caso, como os filhos já são adolescentes, quando a mãe viaja eles ficam sozinhos.

### 5.4.3 - Cenas colhidas no cotidiano

A título de ilustração, pretende-se retratar alguns diálogos presenciados, em que uma escuta mais atenta, porém não indiscreta, revela o entendimento referente à condução de questões relacionadas à guarda de filhos de pais separados.

Cena I - A avó de um menino, filho de pais separados, queixa-se, em conversa, que seu neto necessita ir ao dentista, mas que a mãe dele afirma não dispor de tempo para levá-lo. Argumenta a avó que o pai do menino está aborrecido com o comportamento da ex-mulher, pois ela nem precisaria pagar o dentista, já que este atendimento pode ser feito pelo plano de saúde da empresa empregadora do pai. Indaga-se então a zelosa avó por que o pai do menino não o leva ao dentista, e esta prontamente responde: "Mas é a mãe quem tem a guarda da criança".

Cena II - No mês de férias, J. pergunta ao pai que período passará com ele. O pai responde que ainda não sabe e que depois combinará com a mãe do menino. Dias depois, esta lhe telefona, perguntando sobre como procederão nas férias deste ano. L. logo responde que este ano não marcou férias para o período dos filhos e por isso não ficará com as crianças. Complementa sua defesa alegando que permanecer parte das férias com eles é um direito, já que, segundo ele, a lei garante que o pai *pode* (e, não, *deve*) passar parte das férias escolares com os filhos. Entende, assim, que é um direito que a lei lhe confere, não uma obrigação.

Cena III - Um pai recém-separado conta que a ex-mulher lhe pediu que cuide dos filhos, já que, logo após a separação, ela não está conseguindo procurar

emprego e se ocupar das crianças ao mesmo tempo. No entanto, a expectativa dessa mãe é de que, no acordo judicial, ela fique com a guarda e, assim, não haja obstáculos à sua permanência com os filhos quando puder assumi-los. O pai comenta que pode tomar conta das crianças, que tem estrutura para isto, mas que ficará responsável por todas as decisões. Não vai admitir interferência da ex-mulher. Comenta, inclusive: "quem tem o ônus, tem o bônus", acrescentando que à ex-mulher caberá a visitação quinzenal. Conta este pai que os filhos sugeriram passar uma semana na casa de cada um dos genitores, mas ele considera que isto não é possível, pois na prática precisariam ter tudo em dobro: uniformes, mochilas, pois não acha viável a cada semana terem que fazer malas e carregar tudo.

Cena IV - Uma mãe separada relata que naquele ano, como necessitasse trabalhar durante as férias dos filhos de nove e onze anos, perguntou ao ex-marido se este poderia ficar com eles nesse período, pois a empregada da casa havia ido embora. O pai negou, justificando que também planejava trabalhar, não se envolvendo mais com a questão. Esta mãe de classe média explica que não encontrou outra opção a não ser deixar os filhos sozinhos em casa, com a recomendação expressa de que, na hora das refeições, só ligassem o microondas.

Cena V - O problema das mães - dizia um pai, quando soube do objeto da pesquisa - é que ficam pensando como o ex-marido está empregando o tempo livre, ou seja, o tempo que não está com os filhos. As mães acham que, enquanto elas cuidam das crianças, os ex-maridos têm liberdade para fazer o que querem.

Cena VI - Ao se queixar da dificuldade que vinha enfrentando para acertar os detalhes relativos à visitação de seu filho, no acordo de separação que estava

definindo com a ex-mulher (que sempre trabalhou fora), um pai ouviu sugestão sobre a possibilidade da guarda alternada. Prontamente respondeu que não seria possível, pois, como trabalha, seria preciso estabelecer todo um esquema especial, alguém que cuidasse da criança durante a semana.

#### 5.4.4 - Procedimentos jurídicos e práticas parentais

A partir do referencial teórico previamente estudado, serão relacionados, a seguir, tanto o posicionamento jurídico dos operadores do Direito que participaram das entrevistas quanto as vivências, os sentimentos e as necessidades que os pais revelaram nesta amostragem

Na análise sobre a racionalidade jurídica que norteia a determinação da guarda e os cuidados de filhos de pais separados, constatou-se grande diversidade de pensamento entre os operadores do Direito, que, valendo-se de argumentos e legislações distintas, justificam suas posições, reafirmando a análise apresentada por GONTIJO (In:TEIXEIRA,1993) sobre a ausência de regulamentação específica do princípio de isonomia jurídica no contexto do Direito de Família. Este fato possibilita distintas interpretações pelo poder Judiciário que, em última instância, acaba por legislar sobre a matéria. Pode-se aqui recordar LEGENDRE (In:KOZICKI,1992) quando este define a Ciência do Direito como a ciência do comentário. PERELMAN (1972) também já destacou a impossibilidade de igualdade absoluta entre os seres humanos, cabendo ao legislador a designação do que será definido como igualdade jurídica em cada situação. Pode-se considerar útil também, neste sentido, a

contribuição de HURSTEL (1989), ao esclarecer que a primeira inscrição da função paterna é fornecida pelas leis vigentes em cada sociedade, a partir do significante "pai".

A possibilidade do emprego de distintas legislações, com paradigmas diferenciados nas justificativas sobre a guarda, surge como mais um fator a ser apontado, sendo comum um mesmo profissional definir as questões que emergem, cada uma através de um parâmetro. Como ilustram alguns entrevistados, é urgente que sejam compiladas as normas legislativas sobre Direito de Família, com atenção também para a formação dos estudantes e profissionais de Direito que militam na área.

A interpretação sustentada por um grupo da amostra dos operadores jurídicos é de que, pelo disposto na legislação, o pátrio poder é mantido pelos dois pais após a separação, fato que contribui para o entendimento de alguns de que a lei se encontra de acordo com os costumes vigentes. Os entrevistados que se reportaram às situações observadas no cotidiano das Varas de Família reconheceram que, na verdade, são as mães que geralmente atuam como responsáveis pela educação dos filhos após a separação, quando nitidamente diminui a participação paterna, o que favorece o entendimento de que a Justiça não trata o assunto de forma equânime entre homens e mulheres. Esta constatação encontra-se de acordo com o relato dos pais do sexo masculino entrevistados, que apresentam críticas relativas à legislação e discorrem sobre os efeitos nocivos das práticas jurídicas nas mudanças ocorridas em suas vidas. Apontam a confusão que se faz entre guarda e direitos sobre a criança, justificando que, para algumas mães, o que conta é só a decisão delas, como se a Justiça também não se preocupasse com os direitos e deveres dos homens separados. Como já ressaltou HURSTEL (1996b), esta recusa dos genitores em aceitar a educação infantil como tarefa

exclusivamente feminina é saudável, mesmo que inicialmente enseje alguns conflitos. Confirmam também os pais o afastamento do genitor-visitante das decisões e cuidados dispensados aos filhos, situação reforçada pelo contexto social, através dos parentes ou pela orientação recebida dos advogados. Para esses genitores o campo social, como define HURSTEL (1996b), não oferece suporte adequado para a garantia efetiva do exercício da paternidade após o rompimento conjugal, reafirmando a concepção de que as dimensões sociais e privadas encontram-se interligadas. Situação semelhante foi detectada em outros países, descrita por BASTIEN-RABNER (1992) e OLIVIER (1996), fato que culminou, na França, com a abolição do termo "guarda" na legislação.

Estatisticamente, apesar da pequena amostra, encontrou-se percentagem semelhante à que apontam os levantamentos nacionais (PETRUCELLI, In: KALOUSTIAN, 1994) com referência à atribuição da guarda materna. As queixas sobre as incumbências de cada pai frente à guarda monoparental foram proferidas por representantes de ambos os sexos, sendo que os denominados pais-visitantes foram os que mais insistiram sobre a necessidade de serviços a serem oferecidos nas Varas de Família para acompanhamento dos pais e auxílio na manutenção de suas responsabilidades. Neste sentido também apontam GILLOT (1998) e COSTA (In: KALOUSTIAN, 1994) ao correlacionar as normas internacionais às políticas públicas a serem empreendidas. Reivindicam também esses pais uma efetiva possibilidade de alteração na determinação convencional da guarda. Justificam que o momento da separação acarreta muitas tensões e mudanças abruptas, ocasionando a necessidade de encaminhamentos complementares às formalidades jurídicas. Demonstram grande descontentamento com a ausência de isonomia jurídica no tratamento desta questão específica, já que em outras situações sociais e trabalhistas não há distinção por gênero, conforme previsto na Constituição



brasileira. Segundo BOEYKENS (1992), as medidas que poderiam incentivar uma participação maior dos homens no âmbito doméstico ainda são restritas, o que faz recordar a referência de DZIOBON (1997, p.278) sobre o "efeito educativo do Direito, como instrumento de engenharia social".

Ao argumento dos operadores do Direito de que os casos dirigidos à Justiça de Família para alteração nos procedimentos de visitação e guarda são só os de litígio, os pais acrescentam um adjetivo: *extremo*. Admitem que só as situações de extremo conflito costumam ser endereçadas às Varas de Família para reformulação do acordo, devido à ausência de recursos destas para lidar com as dificuldades que constantemente surgem. Reunir recursos não só financeiros, mas emocionais, para viabilizar esses encaminhamentos também foi detectado como um dos empecilhos. Como consequência, reconhecem mais uma vez que a oferta de serviços por equipe interdisciplinar nas Varas facilitaria o andamento e a solução de muitos acordos, respondendo às diferentes necessidades de crianças, nas distintas etapas de desenvolvimento, bem como aos direitos de seus pais, ajuda esta que deve caber ao Estado, para facilitar um novo padrão de interação a ser estabelecido, conforme esclarecem WALLERSTEIN et KELLY (1998). De acordo com o exposto por diversos autores (LACAN, 1987; WALD, 1985) este objeto de estudo é interdisciplinar.

A permissão para visita durante a semana, obtida por alguns pais, sugere um início de mudança nos procedimentos jurídicos. No entanto, desacompanhada de maiores explicações sobre seu objetivo e de uma sensibilização de pais e mães, parece insuficiente, já que certos pais alegam não cumpri-la para não atrapalhar a rotina dos filhos - justificativa esta similar à que foi colhida por WALLERSTEIN et KELLY (1998) e já combatida explicitamente por KARAN (1998), que defende uma igualdade de direitos e deveres nos cuidados com os filhos.

Contrariando a visão dos operadores do Direito que consideram necessário

discorrer sobre os procedimentos relativos à guarda somente nos casos de litígio, grande parte dos pais entrevistados queixou-se do rito sumário empreendido na audiência de separação. Argumentaram sobre a importância de maiores esclarecimentos sobre o instituto da guarda e os direitos e deveres de cada pai, com o término do matrimônio. Como sugere LEGENDRE (1992), há necessidade de o Direito Civil esclarecer obrigações e direitos de pais e filhos, não devendo ser desprezado o lugar simbólico daquele que é legitimado pela sociedade para a aplicação das leis, conforme descrito por MATHIS (1992). Estruturar a audiência como a simbolização do rito jurídico do término do casamento parece necessário para a efetivação desta etapa, prática presente no cotidiano de uma minoria dos operadores do Direito entrevistados. Conforme bem explicou HURSTEL (1989), comparados ao ritual do casamento, os procedimentos jurídicos usuais não permitem a esses pais visualizar o "ritual de passagem" (p.257), em que as leis instituídas pela cultura, com referência à paternidade após a separação conjugal, deveriam ser clarificadas, já que a crise da conjugalidade pode acarretar indefinições quanto às responsabilidades parentais. A autora correlaciona este fato à demanda de ajuda dirigida aos especialistas das Ciências Humanas, reafirmada na solicitação expressa pelos pais entrevistados.

Pode-se considerar bastante elevado o número de pais que saiu da audiência nas Varas de Família pagas com o entendimento de que nada fora abordado sobre os procedimentos esperados em relação à guarda e visitação dos filhos. Esta ausência de esclarecimentos, aliada a fortes tensões vivenciadas em decorrência da separação e do modelo adversarial empreendido por alguns advogados, justifica, provavelmente, a sensação desagradável e a decepção, evocada por diversos pais ao recordarem a audiência de separação. Em contrapartida apontam como excessivo o tempo despendido nas audiências com as

questões patrimoniais, crítica esta (também feita por alguns advogados) que relativiza a justificativa de grande volume de trabalho por parte da Justiça, recordando os denominados compêndios sobre Direito de Família, que também contêm mais detalhes sobre o item patrimonial do que sobre a guarda.

Na designação de direitos e deveres de pais separados com seus filhos, a posição dos operadores do Direito entrevistados sobre os efeitos da determinação jurídica é dividida. Enquanto alguns apontam como consequência normal o fato de o pai-guardião permanecer com a maioria das incumbências, outros discordam da restrita participação do pai-visitante na educação dos filhos, em consonância com os autores que ressaltam a preocupação que deve nortear a Justiça de não enfraquecer os vínculos de filiação. Aparentemente os que se conformam com a situação alegam que o guardião é designado para este fim, como se, com o término do casamento, essa fosse a única possibilidade para administrar a educação de filhos comuns. Demonstra THÉRY (1996b) o quanto se unifica o exercício da parentalidade à conjugalidade, havendo urgência, no presente, de tratar as duas questões de forma diferenciada.

Ao apontar a substituição que alguns pais fazem, considerando como filhos principalmente os do segundo casamento, com consequências sobre o pagamento da pensão alimentícia, os operadores do Direito não relacionam esta situação a um dos efeitos da lei. Privilegiam a diferença entre gêneros (consequência da determinação biológica) na explicação do dado - conclusões também reforçadas por estudos psicológicos da década de 50, que priorizavam a figura materna no desenvolvimento infantil (MUZIO, 1998; ENRIQUEZ, 1996). Esta interpretação soa como distanciada tanto dos resultados de pesquisas empreendidas por BAWIN-LEGROS (1992) - que correlaciona o afastamento entre pais e filhos ao não-pagamento da pensão - como das discussões realizadas em outros países

(AGELL, 1992) que optaram por alterar a legislação.

À constatação de uma curadora de que "quando cai a figura do marido, cai também a de pai", pode-se contrapor a queixa apresentada por um genitor de que "é automático, parece que quando os pais se separam, os filhos devem se separar logo também do pai". Esta visão é corroborada por diversos pais, que concluíram que sua incumbência atual com os filhos perante a Justiça restringe-se ao pagamento da pensão alimentícia. Reclamam ainda da imobilidade jurídica para alteração desta noção, face às transformações claramente evidenciadas na atualidade, no desempenho dos papéis parentais. Este dado pode ser relacionado à descrição feita por KNAEBEL (1996) ao indicar que, no momento atual, para muitos pais torna-se mais fácil e cômodo abster-se de suas funções - observações estas que apontam para o campo social, relacionado às montagens jurídicas em que se articulam as questões sobre filiação e paternidade, como define HURSTEL (1989), que sedimenta esta noção.

Pode-se perceber que na amostra pesquisada é significativa a percentagem de pais que admitem que os cuidados com os filhos após a separação ficam restritos à interveniência materna, sendo também expressivo o número de pessoas que respondeu que a participação do guardião-visitante nos cuidados com os filhos e decisões a eles relacionados havia decaído sensivelmente, o que já foi comprovado em pesquisas anteriores, mostrando-se compatível com a designação de "pais de fim-de-semana". Um terço dos pais da amostra admitiu que o genitor descontinuo não participa nas decisões referentes à educação dos filhos. Retornando-se à descrição de CLERGET (1996), na abordagem de que as funções paternas e maternas devem ser complementares, pode-se pensar que os procedimentos jurídicos efetivamente contribuem para uma supervalorização do relacionamento da mãe com os filhos, fragilizando, conseqüentemente, o exercício da paternidade.

Apesar do desequilíbrio apontado quanto às tarefas atribuídas a pais e mães na relação com os filhos, durante a vigência do casamento, pode-se considerar significativo o fato de que, para a amostra avaliada, a diminuição da participação de um dos cônjuges nas responsabilidades com a prole após a separação conjugal não se dava em função do gênero e, sim, da posição de pai-visitante, bem exemplificado pelo genitor que tomava conta dos filhos. A indignação quanto ao papel secundário a que foram relegados os pais do sexo masculino designados como visitantes pode-se contrapor o sentimento de injustiça, relatado pelo pai varão que residia com os filhos, frente a todas as incumbências e afazeres pelos quais era responsável.

A negativa de algumas mães quanto à aceitação de que seus ex-maridos participassem no processo educacional dos filhos também foi colhida. A preocupação em preservar a independência e autonomia soa como uma aparente motivação das genitoras ao reconhecerem que, já que possuíam grande parte dos encargos, melhor seria permanecer com todos a ter que ouvir as sugestões apresentadas pelos ex-cônjuges ou ceder a estas. Muitas chegaram a retratar certa satisfação com o poder que lhes cabia, reafirmando a definição de "mãe todo-poderosa", descrita por HURSTEL (1996a), que percebe nesses casos um acúmulo de tarefas e ideais. Situação semelhante pode ser observada na cena III, em que o genitor solicitado para cuidar dos filhos interpreta que "quem tem o ônus, tem o bônus" - justificativa apresentada para a não-intromissão da ex-mulher no cuidado com os filhos. Referências às atribuições que possuíam suas próprias mães, absolutas nos cuidados com os filhos, também constaram das respostas colhidas, apontando para as identificações com a figura materna (HURSTEL, 1985), que se inserem em um círculo transmitido de geração a geração, como expõe RAMOS (1998), ao identificar os prejuízos sofridos por pais, mães e filhos decorrentes do modelo monoparental que se impõe. As alusões ao modelo familiar reafirmam a importância de se pensar

na dupla inscrição das funções parentais: a do campo social e a do psiquismo, bem definidos por HURSTEL (1989, 1996a), ao destacar a influência das transmissões genealógicas. Esclarecedor pode ser considerado o relato da mãe que possuía autoridade parental conjunta, ao expor sobre a importância do aprendizado a respeito deste princípio, na medida em que o exemplo familiar de seus ascendentes não era este.

A correspondência quanto às atribuições parentais e o relacionamento com os filhos parece inerente, sendo expressiva a reclamação de que contatos esporádicos, limitados por regulamentações, não podem constituir um efetivo processo educativo. As pesquisas realizadas por diversos autores (SAMALIN-AMBOISE, 1996; GONZALEZ et alii, 1994) também concluíram pela existência de uma dependência afetiva maior da criança com o genitor-guardião, por compartilhar o dia-a-dia com este, sendo escassas as influências na educação dos filhos pelo genitor descontínuo (CASTRO, 1998).

A carência emocional retratada por alguns pais-visitantes, que freqüentemente inserem os filhos nas disputas travadas na separação, conforme relato de WALLERSTEIN et KELLY (1998) e SKOLNICK (1992), também foi observada na amostra. Pais distanciados de filhos e filhos que necessitam procurá-los constantemente para preservar o relacionamento constituíram exemplos colhidos. A grande ausência dos pais, compensada por uma proximidade com a família deste, descrita por algumas mães, sugere a revitalização da linhagem paterna estudada por LEGENDRE (1996) e constatada por SAMALIN-AMBOISE (1996).

Ao mesmo tempo se observa que, para certos homens, a noção do significado de ser pai e dos afazeres inerentes torna-se indefinida, principalmente após o rompimento conjugal, quando se sentem ofuscados pelo domínio das ex-mulheres frente às preocupações infantis e inseguros sobre seu papel, fato também

apontado pela pesquisa norte-americana (WALLERSTEIN et KELLY,1998). A observação de algumas mães de que seus ex-maridos, após algum tempo de separação, parecem mais inseguros para lidar com distintas situações infantis confirma inicialmente essa suposição, já que o comprometimento no dia-a-dia com os filhos foi, muitas vezes, drasticamente reduzido. VICENTE (In: KALOUSTIAN,1994) explica que este é um lugar que se conquista e uma função que se aprende a desempenhar, conforme detalhado por EDGAR (1992) ao relacionar a correspondência observada entre o aumento do trabalho feminino fora de casa e os compromissos do homem frente às tarefas domésticas.

Parece claro também que, em muitos casos, a barganha patrimonial, traduzida principalmente pelo pagamento da pensão, confunde-se com a barganha pelo contato com os filhos, através de regras e horários rigidamente estipulados. A restrição orçamentária, muitas vezes imposta às mães, é respondida com a restrição de relacionamento do pai com os filhos. Trata-se de revanches e compensações afetivas, estabelecidas em momentos de grande decepção e que mais uma vez apontam para a adequação de, nas audiências, tratar-se de forma absolutamente distinta a questão patrimonial e os assuntos referentes à guarda. Camuflada pelos bens patrimoniais, a partilha, como explicam certos pais, refere-se quase sempre a algo mais do que posses materiais. Os bens que os filhos representam necessitam ter assegurados o direito de convivência com ambos os pais, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, além do direito de serem educados por ambos os pais, princípio elencado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989). Como alerta THÉRY (1996a), se as soluções jurídicas são insuficientes para o encaminhamento da questão, o conflito permanecerá, utilizando-se as crianças como desculpa e alvo para constantes ataques.

A explicação defendida pela maioria dos entrevistados de que a fiscalização

explicitada no artigo 15 da Lei 6.515 é um poder atribuído ao pai-visitante pela legislação, para que este verifique a condução do processo educativo dos filhos, parece reforçar a disposição da guarda atribuída a um dos cônjuges, enquanto o outro acompanhará, à distância, o desenvolvimento dos filhos. Reproduz-se a expectativa de papéis parentais prevista no Código de 1916: ao pai caberia a subsistência material da criança, sendo a educação e os cuidados diários de competência materna, conforme explica NEDER (In: KALOUSTIAN, 1994). A influência de estudos iniciais das Ciências Humanas, como bem lembram MUZIO (1998), ENRIQUEZ (1996) e BADINTER (1997/1998), privilegiando o significado positivo do amor materno para o desenvolvimento infantil, contribuem para a manutenção desta visão, conforme explicações dos operadores do Direito sobre as idades ideais para estreitar o laço com a figura paterna. A fiscalização prevista como prerrogativa do genitor apresenta-o como a figura de autoridade, afastada do contexto diário com os filhos e a quem caberia avaliar o desempenho da ex-mulher na promoção do desenvolvimento infantil.

Atribuir ao guardião-visitante o lugar restrito 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. Como bem lembrou uma advogada entrevistada, se a lei prevê que os dois genitores devem acompanhar o desenvolvimento infanto-juvenil, como responsáveis, conforme justificam os que se detêm na explicação referente ao pátrio poder, o já mencionado artigo 15 da Lei 6.515 é desnecessário.

As alegações também evocadas de que o mais adequado para o desenvolvimento infantil é um "comando único" - com um dos pais como eixo



norteador -, apesar de condizentes com a posição defendida pela Desembargadora Áurea Pimentel (apud TEIXEIRA, 1993) ao evocar a tradição patriarcal da família brasileira, mostram-se contrárias não só à visão de outros autores das Ciências Jurídicas (KARAN, 1998; SIQUEIRA CASTRO, 1983) como às explicações fornecidas por THÉRY (1996a), que argumenta sobre a importância de crianças poderem discriminar práticas educativas diferenciadas. Apontando explicitamente este dado, diversas foram as mães que admitiram que os filhos não possuem o hábito de contar o que se passa nos finais-de-semana, quando estão na companhia do genitor descontínuo. Conseguem também essas crianças, segundo o relato de seus pais, discriminar perfeitamente as diferenças de procedimentos empreendidos por pai e mãe, situação que também ocorre de forma semelhante quando estes convivem maritalmente. Nos relatos obtidos, ao "comando único" contrapõe-se o sentimento externado pelos pais-visitantes de que a determinação de algumas mães de administrarem sozinhas a vida dos filhos colabora para que o quadro adversarial entre os pais seja mantido. Reafirma-se o lugar de exclusão, ou de pais de segunda categoria, a que são relegados alguns genitores que gostariam de uma participação mais ativa junto aos filhos. Neste item pode ser considerado significativo o dado apontado por certas mães ao admitir que realmente haviam afastado o marido do cotidiano dos filhos, recordando a "Síndrome de Alienação Parental" descrita por Gardner (apud BAILEY et BALA, 1998). Ficaram surpresas, porém, quando, em momentos considerados difíceis, precisando exercer o "papel de disciplinadoras", como descrevem WALLERSTEIN et KELLY (1998), recorreram ao ex-cônjuge e este prontamente se dispôs a colaborar. Como já explicaram HURSTEL (1996b) e MOUNIER (1996), com tal atitude a genitora possibilita a ampliação do espaço a ser ocupado pelo pai de seus filhos, favorecendo a expressão deste no contexto infanto-juvenil.

Em oposição ao "stress" materno, produzido pela sobrecarga de funções vivenciadas, encontram-se somatizações e depressões descritas pelos genitores, justificadas pelo abrupto afastamento da convivência dos filhos e pelo receio de terem perdido seu lugar de pai, situação também apontada por WALLERSTEIN et KELLY (1998) e SKOLNICK (1992), ao sustentarem a necessidade de ser assegurada a participação do genitor descontínuo na criação dos filhos. Soma-se a esta dificuldade a questão financeira, na medida em que a maioria das mães relata que emprega todo o seu salário com os filhos, o que não ocorre com os ex-maridos, que utilizam apenas um percentual previamente definido, dado similar ao vivenciado pelas genitoras norte-americanas entrevistadas por WALLERSTEIN et KELLY (1998), que constataram um declínio significativo no padrão financeiro. Conseqüentemente, AGUIRRE et FASSLER (1994) lançam uma polêmica sobre quem seria o cônjuge favorecido com referência à guarda dos filhos, já que normalmente as mulheres que permanecem como guardiãs empregam todo o seu tempo e salário com a prole. Dificuldade da mesma ordem relatou o genitor que cuidava dos filhos, sugerindo, mais uma vez, que tais causas estão relacionadas ao lugar de pai-guardião.

O distanciamento de modelos socialmente definidos também acarreta apelidos, que apontam para as exceções. Assim, encontra-se o "pãe" (mistura de pai com mãe), já que era ele quem residia com os filhos, classificado na categoria de "novos pais", conforme descrito por SKOLNICK (1992) e HURSTEL (1985). De forma similar, as mães que possuem a guarda dos filhos também vivenciam um acúmulo de afazeres; no entanto, este fato não enseja apelidos - afinal, esta é a norma.

A concordância mais significativa nas respostas emitidas pelos dois grupos da amostra, operadores do Direito e pais separados, deu-se quanto à visitação. A necessidade de regulamentação explícita sobre o tema foi uma demanda apresentada pelos dois segmentos. A visão de que o direito, agora definido, é o dos

filhos de estarem assiduamente com o guardião-visitante parece pouco esclarecida, sendo comum o uso do argumento que sustenta a visita aos filhos como um dos direitos do genitor descontínuo. Consideram os operadores do Direito que há urgência de a questão ser regulamentada, ultrapassando a indeterminação atual, que favorece interpretações distorcidas, responsáveis por grande parte dos conflitos direcionados às Varas de Família. Concomitantemente, observa-se que definições e explicações relativas ao período de férias também são necessidades constatadas, já que grande parte dos pais-visitantes da amostra não possuía o hábito de permanecer com os filhos nesse período, compreendendo que isto não fazia parte de suas obrigações.

À defesa sobre a importância da estrita definição de dias e horários de visitação, alegada por alguns operadores do Direito, opõe-se a vivência da maioria dos pais, que apontam para a necessidade de acordos que tornem flexíveis, sem ser esporádicos, os compromissos de visitas. Parece, no entanto, que é na adolescência que os filhos, ao se desvencilharem de regras impostas, conseguem, por conta própria, tornar mais fluido este trânsito entre o pai e a mãe.

A dicotomia entre deveres e direitos parentais parece não estar clara, tanto para os pais quanto para alguns operadores do Direito, que freqüentemente interpretam, pelo bom senso ou ainda por sua experiência de vida, os direitos da criança, agora nomeados e vistos como essenciais ao pleno desenvolvimento infantil. A definição de direitos e deveres dos pais, no sistema normativo das distintas culturas, é textualmente recomendada por HURSTEL (1996a), ao ressaltar a importância da função simbólica do Direito na validação social da condição de ser pai. Assim, os procedimentos presentes nas audiências devem estar implicados com a dimensão simbólica de ser pai, independentemente da idade dos representantes do Poder Judiciário. Como já enfatizou LEGENDRE (1992), cabe ao Direito Civil regular o

exercício parental, sendo apontada por THÉRY (1988) a ligação que deve existir entre direitos e deveres parentais, de um lado, e direitos das crianças, de outro, já que o dever de criação dos filhos não pode ser opcional, conforme preocupação de RIOU (1996), sendo indicada a manutenção da dupla inscrição do sistema de filiação, como recomenda também THÉRY (1996b).

Torna-se nítida a restrita influência dos dispositivos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança no âmbito do Direito de Família brasileiro, quando a maioria dos representantes das Ciências Jurídicas entrevistados reconhece que este instrumento não foi assimilado no cenário nacional, conforme ressaltado por AMARAL e SILVA (1994). Referendar documentos internacionais sem oferecer respaldo para sua efetivação é uma prática apontada na justificativa para a ausência de transposição dos princípios da Convenção para a legislação específica sobre Direito de Família, situação freqüente no contexto latino-americano, conforme expôs GARCIA MENDES (1994). Esta dificuldade pode justificar as diferenças entre o Brasil e outros países signatários da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, quando da preocupação em alterar a legislação sobre a matéria para adequá-la aos documentos internacionais, conforme já descrito. Esclarece também o sentido da recomendação expressa no Programa Nacional de Direitos Humanos sobre a urgência de o Estado implementar documentos internacionais dos quais é signatário, fato que deveria ser automático. A preocupação cada vez mais acentuada de aplicação da isonomia jurídica no contrato matrimonial implicou alterações legislativas em diversos países, motivados a seguir as regras de igualdade entre cônjuges, como o Código de Família Sueco, que especifica claramente a simetria de papéis conjugais. Ao mesmo tempo pode-se constatar que a legislação vigente no Brasil sobre a matéria favorece interpretações diferenciadas, já que seu texto não esclarece devidamente questões comuns aos que se separam.

Constatou-se também que *direitos e interesse* da criança são noções empregadas de forma semelhante pela maioria dos operadores do Direito, não havendo distinção, ou diferenciação, em seu uso, favorecendo uma grande subjetividade na avaliação sobre a guarda, conforme descrevem COCHET (1996), BAILLEAU (1988) e NEYRAND (1994). Percebe-se que a legislação sobre Direito de Família não incorporou os princípios dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição. Não parece existir clareza de que o direito da criança em manter relações pessoais com seus pais deve ser perseguido nas Varas de Família. A visão de que a regulamentação dirigida aos menores de idade tem como destinatários exclusivos os desassistidos ainda faz parte do entendimento de certos operadores do Direito, que justificam por esta via o fato de o Estatuto não ter sido assimilado no contexto do Direito de Família, restringindo, conseqüentemente, o alcance da doutrina da proteção integral infanto-juvenil.

À crítica quanto à ambiguidade do critério de melhor interesse da criança, emitida por alguns entrevistados da área jurídica e já destacada por diversos autores (BAILLEAU, 1988; LASCoux, 1988), que o identificam como um fator de regulação social, contrapõe-se a visão de alguns magistrados que se pronunciam a favor deste critério, por ampliar o espectro de decisões do juízo. A preocupação apontada por certos autores (NEYRAND, 1996; COCHET, 1996) de que o interesse da criança deve sempre levar em conta seu contexto familiar não pode ser desprezada, já que os direitos da criança estão invariavelmente ligados à responsabilidade parental.

Enquanto a maioria dos operadores do Direito entrevistados considera que associar a culpa pela separação à guarda dos filhos é uma noção em desuso, para outros o disposto no artigo 10 da Lei 6.515/77 pode ser aplicado, dado este que sinaliza para a falta de consenso sobre a questão, reafirmando a interpretação feita por WALD (1985) sobre a coexistência das duas noções: culpa e interesse da

criança. Após a Convenção, às duas noções adiciona-se uma terceira, a de direitos da criança. Conforme interpreta MALHEIROS (1994), foi pequena a evolução sobre a avaliação da culpa, no confronto entre o Código Civil de 1916 e a citada Lei.

Utilizar os filhos como compensações neste jogo de culpados e inocentes soa como prática utilizada não só pelos pais, como também por alguns operadores do Direito. Ao mesmo tempo correlacionando os dados colhidos nas pesquisas de GONZALEZ et alii (1994) e WALLERSTEIN et KELLY (1998), que identificam como sendo comum a aliança que crianças empreendem com o genitor-guardião, atacando o outro, pode-se pensar que esta influência da Justiça na designação de um culpado pela separação contribuiria para a percepção desfavorável da criança em relação a um dos genitores. De forma semelhante, vários profissionais das Ciências Jurídicas entrevistados interpretaram que o afastamento voluntário de um dos pais por muito tempo é sinônimo de ausência de amor, fato que pode acarretar conseqüências na regulação da guarda e visitação. Posição diferenciada é apontada por VILLENEUVE (1994) ao retratar a visão dos tribunais franceses, que identificam como saudável a disposição de um pai em aproximar-se do filho, mesmo não tendo sido capaz de desempenhar suas funções por um intervalo de tempo.

## 6 - CONCLUSÕES

Apesar de o percentual de separações matrimoniais e divórcios registrados no Brasil ser significativamente inferior ao de outros países, a progressão dessa taxa no contexto nacional aponta para a necessidade de serem empreendidas pesquisas, visando a mapear as dificuldades psicossociais presentes neste âmbito. Percorrendo o labirinto sobre questões referentes à guarda de filhos de pais separados, foi possível perceber a complexidade do tema, que impõe a correlação entre as contribuições da Psicologia, do Direito, da Sociologia, da História e da Antropologia.

Respondendo às perguntas contidas na introdução desta pesquisa, pode-se concluir, pelos estudos realizados, que as disposições legais que definem questões relativas à atribuição de posse e guarda podem trazer consequências quanto à paternidade, com prejuízos na preservação dos vínculos de filiação.

Estudos antropológicos apontam que a função do pai pode ser caracterizada como universal, porém distintas são as modalidades para o exercício da paternidade, as quais, conforme o referencial teórico pesquisado, encontram-se inscritas nas leis de cada sociedade, que determinam indivíduos para assumir essa função. Nas nossas montagens jurídicas, historicamente foi aproximado o pai genitor da função simbólica do pai; em outras, esta pode ser atribuída a vários homens, a partir das leis sociais.

Perante as leis brasileiras, após a separação conjugal tanto o pai quanto a mãe continuam detentores do pátrio poder. Observa-se, no entanto, um nítido descompasso entre os encaminhamentos jurídicos habitualmente seguidos e as necessidades - tanto dos pais como dos filhos. Para muitos a Justiça é percebida como uma instituição que reforça as diferenças de tratamento, contribuindo para deixar a figura do pai à margem do processo educativo de sua prole, geralmente sob o pretexto de um dom natural atribuído à mulher, que, de fato, muitas vezes, exerce o pátrio poder. A dificuldade subjetiva de ser pai, descrita por vários genitores da amostra, freqüentemente intimidados pela atribuição da guarda dos filhos à ex-esposa, não deve ser focalizada estritamente no âmbito particular. Identificam-se fatores sociais, ideológicos e legais que estariam contribuindo para alocar a mulher como principal responsável pelos cuidados infantis.

Conclui-se que a noção de autoridade parental conjunta após a separação matrimonial é indispensável para que a função paterna possa ser garantida às crianças de nossa sociedade, com suportes sociais simbólicos que devem sustentar a dimensão privada da paternidade.

Pode-se argumentar que a expressão "posse e guarda" de crianças, utilizada no âmbito do Direito de Família nacional, talvez devido à forte conotação do termo "posse", conduz à visão de que "quem tem o ônus tem o bônus", ou seja: quem tem o trabalho de educar acha-se no direito de conduzir esta tarefa sozinho.

O pai deve ter o direito de exercer seu papel em plenitude; caso contrário, as crianças passam a ser vítimas dos próprios direitos. A excessiva evocação desses direitos, afastada da visão familiar, pode acarretar um deslocamento da autoridade parental, contribuindo para que pais se tornem demissionários de sua função. Tratar cada membro da família como parte isolada ou privilegiar apenas os direitos infantis, "atomizando-os", como bem define THÉRY (1996b), soa como um procedimento



ineficaz, já que os menores de idade necessitam dos pais para o completo desenvolvimento. A simples definição de criança como sujeito de direitos não garante a observância e a efetivação destes, assim como não é suficiente para esclarecer as atribuições paternas. Torna-se imprescindível também compreender os menores de idade como seres em desenvolvimento, a quem não podem ser conferidas decisões de vulto em questões judiciais.

A indefinição sobre deveres e direitos dos pais frente às questões de guarda e visitação, constantemente apontada na pesquisa, sugere urgência nas reformulações legislativas da matéria. Em nossa sociedade a designação do lugar dos pais está relacionada às leis que estabelecem direitos e deveres paternos. A redução abrupta destes após a separação matrimonial - tanto no plano familiar, como no jurídico -, para muitos homens é vista como uma desvalorização, que os conduz a uma posição insignificante perante os filhos, além de uma ausência de garantia institucional do respectivo lugar. Percebe-se assim que a deserção de alguns pais do lugar paterno não pode simplesmente ser apontada como uma escolha deliberada, na medida em que diversos fatores de fragilização contribuem para a exclusão real e simbólica dos pais, como apontado por HURSTEL (1996a, p.125), conduzindo ao impasse que vem sendo presenciado frente à mutação em curso nos modelos familiares.

Os critérios de guarda e poder de fiscalização incorporam a noção de que o detentor da guarda é o responsável pelas obrigações com a criança. A mãe normalmente fica com a responsabilidade da guarda dos filhos, enquanto ao pai cabe fiscalizar a condução do processo de guarda. Se considerar inadequada a educação da criança, esse pai pode recorrer à Justiça, inclusive solicitando alteração de guarda. No entanto, para a ausência, para o descumprimento do calendário de visitas não se prevê de qualquer tipo de sanção legal.

A distinção entre conjugalidade e parentalidade também requer maiores esclarecimentos e novas formas de encaminhamento. Como demonstrou KOZICKI (1990), historicamente a filiação paterna pressupôs o casamento: "o pai é aquele que designam as núpcias", conforme disposto nas leis romanas. Pode-se constatar, assim, que um dos grandes dilemas para a sociedade contemporânea seria o de se desvencilhar do significado da filiação paterna estruturado unicamente pela via matrimonial. Utilizando-se metáforas empregadas por PERROT (1993), conclui-se que provavelmente o desafio hoje vivenciado encontra-se no plano de como desatar o nó sem desmoronar o ninho, retirando-se as alianças sem a quebra da solidez essencial dos papéis parentais. O nó, na atualidade, o compromisso firmado, deve ser entendido com referência à filiação, a qual não precisa necessariamente estar relacionada à conjugalidade. Políticas públicas e legislações que se preocupem em não afastar dos filhos o genitor descontínuo devem ser implementadas com urgência. Torna-se apropriado oferecer programas que auxiliem os pais na manutenção da autoridade parental conjunta após a separação, incentivando o convívio entre pais e filhos. Deve-se também desmitificar os preconceitos, reforçados socialmente, de que a guarda constitui-se um direito natural das mulheres, utilizando-se para isso campanhas ou "contracampanhas", que esclareçam sobre a importância de pais e mães se colocarem em equidade frente às responsabilidades infanto-juvenis, favorecendo uma ressignificação dessas atribuições.

A preocupação da Justiça não deve restringir-se a manter uma situação sem conflitos, os quais podem ser saudáveis, já que, a partir do impasse, novas formas de relacionamento devem ser criadas. 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, conforme alerta HURSTEL (1996b). Esta recusa pode ser interpretada como

fundamental na função paterna; contrariamente, uma lei que facilite a redução da palavra do pai contribui para esmaecer o exercício desta função. Significativo neste ponto pode ser considerado o dado de que um terço da amostra pesquisada relatou que o pai-varão não interferia mais no cotidiano dos filhos.

Observa-se que, quando existe disputa pela guarda, é comum a solicitação de uma perícia para verificar o *melhor interesse da criança*. Por meio desta intervenção, busca-se averiguar se o mais apropriado é a guarda com a mãe ou com o pai, para o que muitas vezes se empregam critérios baseados nos vínculos que a criança mantém com seus pais. Trata-se, então, de determinar o pai afetivo, conforme sugestão de FREUD, GOLDSTEIN e SOLNIT (1980). No entanto, se a criança, após um curto período residindo com um dos pais, já demonstra claramente uma aliança com o pai-guardião, conforme pesquisa apresentada por GONZALEZ et alii (1994), a procura do genitor afetivo pode ser interpretada como um contra-senso. É preciso o entendimento de que a noção de direitos da criança requer o uso de novas ferramentas jurídicas, distintas das utilizadas para aplicação do critério impreciso de *interesse da criança*, que justificava encaminhamentos e legitimava práticas e intervenções, muitas vezes a partir do que legislavam os operadores do Direito, conforme advertiu GONTIJO (In: TEIXEIRA, 1993).

Torna-se claro também que condições jurídicas favoráveis não garantem a eficácia do exercício da paternidade. É preciso apoiá-lo no tripé constituído pelos planos legal, social e familiar, já que o novo não pode ser avaliado apenas por comportamentos individuais. A sociedade deve estar atenta para que a dimensão da paternidade não seja menosprezada no desenvolvimento humano. Privilegiar a educação pelas mães reafirma a noção de "mãe todo-poderosa", dificultando à mulher aceitar o valor e a contribuição da palavra do pai de seus filhos. A Justiça, que tradicionalmente calou a criança (BAILLEAU, 1988), não deve agora, com a

desestabilização do casamento, calar também o pai, priorizando a palavra da mãe.

Constituíram-se área privilegiada de investigação os procedimentos relativos à visitação, demonstrando que o relacionamento da criança com o pai detentor da guarda e o pai-visitante deve ser estudado. O período de visitas não pode continuar a ser entendido como uma concessão ao genitor descontínuo. É um direito de pais e filhos manter um relacionamento estreito, nomeado como dever dos pais no cumprimento de suas responsabilidades. Por esta via percebe-se que a Justiça deve convocar os pais a exercerem seu papel e, não, simplesmente convidá-los. Convite pode-se recusar, achar que não é o momento adequado. Quando o texto da lei expressa que os pais que não estão com a guarda dos filhos "poderão visitá-los e tê-los em sua companhia", conforme disposto no artigo 15 da Lei 6.515/77, isto muitas vezes é compreendido como um convite, uma opção e, não, como seria indicado, um compromisso frente à parentalidade.

Ao mesmo tempo, se o critério fundamental alegado para a atribuição da guarda no Direito de Família brasileiro é o interesse da criança, conforme indicaram os entrevistados, e se, nos casos que chegam à Justiça, grande número de pais se afastou das crianças, não exercendo a visitação, conforme relato de juízes e curadores, questiona-se como se posiciona a sociedade a esse respeito, ou seja, como vem sendo interpretado o interesse da criança, se não há visitação.

Nota-se que o lugar da mãe encontra-se explicitado na designação de guarda. Já o pai, como visitante, interpreta seus direitos e deveres como incertos, pois, conforme constatado, não está suficientemente claro se a visitação é um direito ou um dever do genitor descontínuo, facilitando-se assim que as mães excluam parcial ou totalmente os pais da vida das crianças.

Torna-se visível a ampliação da importância conferida às mães na organização familiar, agora acumulando os encargos tradicionais aos de provedora.

Se, no tocante às responsabilidades financeiras com os filhos, a mulher é chamada a dividir despesas com o marido - noção incorporada social e juridicamente -, no que concerne aos cuidados infantis ainda prevalece o entendimento de que tal tarefa cabe unilateralmente às mães. A argumentação apresentada por BAWIN-LEGROS (1992) - relacionando a continuidade dos vínculos entre pais e filhos ao pagamento da pensão - acrescida dos dados obtidos nesta pesquisa, sugere a inadequação da simples promulgação de leis mais rígidas para obrigar os pais a manter o sustento dos filhos, decisão prevista nos Estados Unidos, segundo SKOLNICK (1992). É preciso que os pais não sejam afastados do exercício da paternidade. E, para se tornarem mais responsáveis, é indicado que estejam asseguradas as bases para o exercício parental. A concepção vigente ainda sugere que, após a separação conjugal, o lugar do pai permanece restrito ao pagamento da pensão alimentícia, conforme depoimento de diversos pais entrevistados, assim como de muitos operadores do Direito. Ao mesmo tempo, mães que desejam restringir ou até impedir o encontro dos filhos com o pai, devido ao não-cumprimento dos encargos financeiros deste com a criança, só estão contribuindo para a manutenção deste ciclo, em que alguns homens chegam ao extremo de referenciar como filhos apenas os do segundo casamento, conforme exposto nas entrevistas

As dúvidas sobre as reais responsabilidades paternas após a separação, conforme constatado, aliadas à visão de suporte financeiro constantemente atribuída aos homens, parecem contribuir para que nos encontros com os filhos esses pais preocupem-se mais com a manutenção desta relação, valendo-se de compensações financeiras - gastos às vezes vistos como abusivos pelas mães. Mas, afinal, não foi nesse lugar que a sociedade os colocou?

As entrevistas evidenciam que, pelo menos para essa amostra, os procedimentos seguidos nas audiências de separação não correspondem aos

anseios quanto a explicações sobre o instituto da guarda. Além de solicitar mais tempo na efetivação do ritual de descasamento, os pais entrevistados explicitam com ênfase a pertinência de maiores esclarecimentos a respeito de questões referentes à guarda dos filhos.

Equacionar o tempo despendido nas audiências, restringindo o intervalo utilizado para resolver questões patrimoniais e incluindo discussões sobre os procedimentos relativos à guarda é uma necessidade e expectativa dos pais, que sugerem a importância de orientações e determinações sobre direitos e deveres parentais serem empreendidas no decorrer das audiências. Pode-se pensar que se o "rito sumário" das audiências, como classificam os pais, não funciona como um rito de passagem, auxiliando-os na efetivação do término do casamento, há necessidade constante de ajuda de outros especialistas, colaborando nesta etapa de transição. Também no exame dos denominados compêndios sobre Direito de Família é notória a extensão das discussões relativas à partilha de bens e do patrimônio do casal, sendo geralmente escassas as páginas que abordam a problemática da guarda de filhos.

A desatualização legislativa pode alcançar conseqüências perniciosas quando as pessoas não reconhecem o exposto na legislação como norma dirigida à sua realidade, às suas dificuldades. Toma-se norma desprezível, por não estar correspondendo às necessidades de homens e mulheres, agora praticamente no terceiro milênio. Concomitantemente, as funções dos responsáveis pela aplicação da lei não podem ser anuladas ou reduzidas às de mediadores de conflitos, compondo acordos que satisfazem a vontade própria dos litigantes. A função do lugar da referência, intérprete dos princípios que estruturam cada sociedade, não pode ser desprezada.

A partir do que destacaram os pais entrevistados sobre as dificuldades de

encaminhamento jurídico de acordos ou sentenças sobre guarda, pode-se relacionar a opção desesperada de fuga com os filhos, praticada por alguns genitores, conforme apontam os dados do Centro Brasileiro de Defesa da Criança, como a única saída possível para alguns pais. Ao mesmo tempo, crianças desaparecidas e estatísticas sobre o tema são geralmente endereçadas, sob instrumento de processo, às Varas da Infância e Juventude, desprezando-se o fato de que este pode ser um indicador útil para os operadores jurídicos que atuam no contexto do Direito de Família.

Na resposta à segunda pergunta relacionada na introdução da pesquisa, constatou-se que a recomendação internacional de que crianças sejam educadas pelos dois pais ainda não parece efetivada nas práticas jurídicas nacionais, distanciadas da normativa da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e da legislação de diversos países que vêm empreendendo alterações para adequar suas leis aos princípios da Convenção. Independentemente de posicionamentos pessoais, o direito de ser educado pelos dois pais passa então a vigorar nos países signatários. Discorda-se do entendimento de alguns operadores jurídicos ao considerarem que esta guarda só pode ocorrer caso os genitores se relacionem satisfatoriamente. É preciso lembrar que o vínculo de filiação e o exercício parental não podem depender de critérios de negociação entre os cônjuges; ao contrário, devem ser assegurados pelo Direito com uma ancoragem social estabelecida.

Depreende-se, entretanto, que, atribuindo aos genitores a definição específica sobre como será o exercício conjunto das responsabilidades, concede-se-lhes maior participação, reafirmando seu dever de criar e educar perante os infantes de nossa sociedade. Pode-se concluir que a individualidade vai estar justamente na situação peculiar de cada família, ou seja: cada uma vai esquematizar como se processará a autoridade parental conjunta - ao contrário de uma fórmula comum,

massificada, na qual o Estado determina que a mãe permaneça com a criança, e o pai visite o filho em finais-de-semana alternados.

É nítida a urgência de se rever a legislação sobre Direito de Família, evitando-se a indefinição para os operadores do Direito, que algumas vezes pautam-se por critérios e leis distintos, conforme evidenciado nas entrevistas. A análise das questões implicadas no dispositivo da guarda aponta termos ainda utilizados no Direito de Família brasileiro, que se mostram inadequados frente às mudanças observadas, não só na organização do grupo familiar, mas no âmbito das recomendações jurídicas internacionais. Como exemplos, destacam-se as expressões:

- *culpa no divórcio* - esta noção deveria ser abolida na referência à guarda;

- *visita de pais e posse e guarda de filhos* - deveriam ser substituídas pelo princípio da autoridade parental conjunta, com recomendação de um contato estreito entre pais e filhos;

- *fiscalizar* - por coerência com o princípio de autoridade parental conjunta, cabe aos dois genitores o acompanhamento da educação dos filhos, não havendo mais sentido na referência de que o pai que não habita com a criança deve fiscalizar sua educação.

Parece claro ainda que o termo *pátrio poder* deveria ser alterado por outro que, de forma assertiva, sem propiciar interpretações ambíguas, designasse o dever de criação de ambos os pais, mesmo separados. *Pátrio poder* e *guarda* causam indefinição, conforme foi esclarecido pelo Direito francês, quando da retirada deste último termo da legislação.

Conforme AMARAL E SILVA, ocorre na prática "uma interpretação meramente literal, gramatical, que é o mais simples dos métodos de interpretação preconizados pela hermenêutica jurídica..." (In: ARANTES e MOTTA, 1990, p.10). De acordo com o



professor de português Sérgio Nogueira DUARTE <sup>38</sup>, "devemos ter cuidado com as palavras. Elas têm alma".

Constata-se ainda que a noção de interesse da criança não excluiu o critério de falta conjugal, no Direito de Família brasileiro - situação distinta, por exemplo, da legislação francesa, que aboliu este critério quando da determinação de interesse da criança. Na verdade, estas noções se superpõem na legislação brasileira, acrescidas agora dos direitos infanto-juvenis, elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a Convenção. Convive-se, portanto, no Brasil, simultaneamente com estas três noções: falta conjugal, interesse da criança e direitos da criança - fato que, em princípio, acarreta dificuldades no encaminhamento da questão, facultando à autoridade judiciária pautar-se sobre elementos de convicção própria na decisão do critério a seguir.

Apesar de a árvore genealógica alocar a criança como filho de XX e XY, após a separação matrimonial o indicativo ainda é o de ser cuidado por XX ou XY, alterando-se o sentido da filiação e interferindo-se no direito de a criança ser efetivamente criada por pai e mãe. Bases igualitárias significam cooperação e, não, substituição. Deve-se dar lugar, portanto, à conjunção e: pai e mãe possuem direitos e deveres perante a educação dos filhos, mesmo não permanecendo casados, para o que devem-se oferecer condições no campo social que referendem esta noção.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> *Jornal do Brasil*, 19 out. 1997

<sup>39</sup> Evitando perenizar uma apropriação exclusiva do texto, a partir da consciência de que é preciso conduzir este trabalho ao exterior da relação dual até então mantida, vejo-me compelida a delimitar seu final, para permitir a inserção de terceiros nesta discussão e lançá-lo ao mundo acadêmico, onde poderá conseguir um completo desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLEIRA, Hilda; DELUCA, Norma. Intervenciones del Perito Psicologo en la Institucion Judicial. *Revista da Asociacion de Psicologos Forenses de la Republica Argentina*. Buenos Aires, Ano 5, n.8, p.43-49, 1993.
- AGELL, Anders. Les Tendances du Droit de la Famille en Suède in Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse. *Droit de l'Enfance et de la Famille*. Vaucresson, n.34, p. 274- 286, 1992.
- AGUIAR, Roberto. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo, Ed. Alfa Omega, 1984.
- AGUIRRE, R.; FASSLER, Clara. Que Hombres? Que Mujeres? Que Famílias? *Famílias, Siglo XXI (CL)*, Buenos Aires, n.20, p.59-74, nov.1994.
- ALMEIDA, Angela et alii. *Pensando a família no Brasil*. Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, UFRuRJ, 1987.
- ALTOÉ, Sônia. (Org.) Sujeito do Direito - Sujeito do Desejo. *Direito e Psicanálise*. Rio de Janeiro, Revinter, 1999.
- AMARAL e SILVA, Antônio F. Direito do Menor: uma Posição Crítica. In: BRITO, L. (Org.). *Psicologia e Instituições de Direito: a Prática em Questão*. Rio de Janeiro, Comunicarte/UERJ/CRP 05, 1994, p.70-73.
- ANTENORE, Armando. Desaparecidos de Explode Coração Fugiam da Violência Doméstica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 maio 1996. TV Folha, p.3.
- ARANTES, Esther; MOTTA, Maria Eucharas. *A Criança e seus Direitos*. Rio de Janeiro, PUC-RJ/FUNABEM, 1990.
- ASSOCIATION OF FAMILY AND CONCILIATION COURTS. *Joint Custody*. Wisconsin. (folder) sd.
- AUGRAS, Monique. *Opinião Pública - Teoria e Pesquisa*. Petrópolis, Vozes, 1974.
- AUGRAS, Monique. Multidisciplinaridade ou Transdisciplinaridade? Dilemas Epistemológicos. *Cadernos de Metodologia*, Rio de Janeiro, PUC-RJ, n.2, p.99-104, 1995.
- BADINTER, Elisabeth. L'Homme en Mutation. *Alternatives non Violentes*, France, n.105, p. 11-16, hiver 97/98.
- BAILEY, Martha; BALA, Nicholas. Child Support Guidelinesm Parental Mobility, and Redefining Familial Relationships. In: BAINHAM, A. (Ed.) *The International Survey of Family Law /1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.69-98.
- BAILLEAU, Francis. Intérêt de l'Enfant? In: BAILLEAU et GUEISSAZ. De quel Droit? De l'intérêt... aux Droits de l'Enfant. *Cahiers du Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson*, França, p.11-21, 1988.

- BAILLEAU, Francis. *O Jovem, sua Inserção Social e a Justiça*. Rio de Janeiro, UERJ, 1995.
- BARBOSA, Flávia. Família Diminui e População Envelhece. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998. Caderno Brasil, p.17.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Novas Tendências no Direito de Família. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, vol.1 n.2, p.227-232. 1994.
- BASTARD, Benoît; CARDIA-VONÉCHE, Laura. Face au Divorce, Deux Innovations: la Médiation et les "Points de Rencontre". In: NEYRAND, G. (Dir.) *La Famille Malgré Tout*. Paris, Panoramiques, n.25, p.144-152, 2 trim de 1996.
- BASTIEN-RABNER, Françoise. Le Charme Discret de la Loi Malhuret in Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse. *Droit de l'enfance et de la famille*, Vaucresson, n.34, p.221-235, 1992.
- BAWIN-LEGROS, Bernadette. La Fonction Paternelle après Rupture Conjugale. *Familles en Mutation dans une Société en Mutation*, Bruxelles, UNESCO/Conseil International des Femmes, 1992, p.89-98.
- BIOT-CROZET, Geneviève. Quand l'Avocat Envoie au Thérapeute de Couple des Couples en Instance de Divorce. In: Aide au Couple, Divorce et Devenir de l'Enfant. *Dialogue*, Paris, n.132, p. 42-48, 2 trim. de 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993.
- BOEYKENS, Lily. Le Père en Point de Mire. *Familles en Mutation dans une Société en Mutation*, Bruxelles, UNESCO / Conseil International des Femmes, 1992, p.235-243.
- BRASIL. *Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. São Paulo, Ed. Julex, 1980.
- BRASIL. *Código Civil*. OLIVEIRA, Juarez de. (Org. dos textos, notas remissivas e índices). São Paulo, Saraiva, 1990.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. OLIVEIRA, Juarez de. (Org. dos textos, notas remissivas e índices). São Paulo, Saraiva, 1990.
- BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Ministério da Justiça, Brasília, 1996.
- BRITO, Leila M. *Se-pa-ran-do: um Estudo sobre a Atuação de Psicólogos nas Varas de Família*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará / UERJ, 1993.
- BRITO, Leila M.; PEREIRA, Lícia M. Considerações sobre a Atuação do Psicólogo Jurídico. *Anais do IV Encontro Nacional de Psicólogos e Profissionais de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, p.117-122, 1985.

- BUBIC, Suzana. Family Law in Bosnia and Herzegovina. In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law / 1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p. 51-68.
- CANTERO, Gabriel Garcia. Law on the Protection of Minors. In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law / 1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.451-460.
- CARNEIRO, L.; CAVALCANTI, I. *O ABC do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Educação, 1991.
- CASTORIADIS, Cornélius. *A Criação Histórica*. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 1992.
- CASTRO, Ismênio P. A Relação dos Filhos Menores com os Pais após a Ruptura da Tradicional Convivência Familiar: uma Ótica Sócio-Jurídica. In: SILVEIRA, P. (Org.). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1998, p.217-223.
- CAZAUX, Hélène. Juger: une Science et un Art. *Informations Sociales*, França, n.46, p.100-109, 1995.
- CENTRO BRASILEIRO DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Dados estatísticos do Projeto de Apoio Jurídico Social, março/abril 1996.
- CEZIMBRA, Márcia. Pelo Direito de Ser um Pai Total. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 ago. 1998. *Jornal da Família*, p.1-2.
- CHAILLOU, Philippe. *Guide du Droit de la Famille et de l'Énfant*. Paris, Dunot, 1996.
- CIÊNCIAS DA VIDA. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 dez. 1998. Editorial, p. 2.
- CLERGET, Joel. Le Père affecté. *Informations Sociales*, França, n.56, p.34-42, 1996.
- COCHET, Georges. Comment l'Avocat du Divorce Conçoit-il son Rôle par Rapport aux Enfants? l'avocat, le couple et l'enfant. In: *Aide au Couple, Divorce et Devenir de l'Enfant*. *Dialogue*, Paris, n. 132, p. 35-42, 2 trim. 1996.
- COHEN, Adam. Um Caso de Proveta. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1º abr.1998. *Suplemento Time*, vol.1, n.1, p.18.
- CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre, LPM Ed., p.9-25, 1985.
- CONY, Carlos Heitor. A Família Brasileira. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 nov. 1997. *Caderno Opinião*, p.2.
- COSTA, Antônio Carlos G. A Família como Questão Social no Brasil. In: KALOUSTIAN (Org.). *Família Brasileira; a Base de Tudo*. São Paulo, Cortez/UNICEF, 1994, p.19-25.
- COSTA, Jurandir Freire. *Violência e Psicanálise*. Rio de Janeiro, Graal, 1986.

- COSTA, Jurandir Freire. *Ordem Médica e Norma Familiar*. Rio de Janeiro, Graal, 1989.
- DAHER, Daniella. Pais Seqüestradores, um Drama Dentro da Própria Família. *Mulher de hoje*, Rio de Janeiro, Bloch, n.217, p.56-59, fev.98.
- DA MATTA, Roberto. *A Casa e a Rua*. São Paulo, Brasiliense, 1985.
- DE CERTEAU, Michel. *A Escrita da História*. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol.II.
- DITTIGEN, A. Les Mariages Civils en Europe: Histoires, Contextes, Chiffres, Droit et Société. *Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, n.36/37, p. 309-329, 1997.
- DOLTO, Françoise. *Quando os Pais se Separam*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1989.
- DONZELOT, Jacques. *A Polícia das Famílias*. Rio de Janeiro, Graal, 1986.
- DOUGLAS, Gillian. England and Wales: "Family values" to the Fore? In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law / 1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.157-178.
- DUARTE, Sérgio N. O Caso, Língua Viva. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 19 out. 1997, p.16.
- DUMON, Wilfried. Mutation des Modèles Familiaux en Europe Occidentale. *Familles en Mutation dans une Société en Mutation*. Bruxelles, UNESCO/Conseil International des Femmes, 1992, p.25-33.
- DZIOBON, Sheila. Genre, Inégalité et Limites du Droit. In: Droit et Société. *Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, n.36/37, p.277-293, 1997.
- EDGAR, Don. Reestructuration des Realités Familières: les Hommes ont Vraiment de l'Importance. *Familles en Mutation dans une Société en Mutation*. Bruxelles, UNESCO/Conseil International des Femmes, 1992, p.107-118.
- ENRIQUEZ, Eugene. Figures Institutionnelles. *Informations Sociales*, França, n.56, p.129-133, 1996.
- FAMÍLIA. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 set. 1998. Especial A1, p 1-16.

- FRÉDEFON, Nöelle. Quand l'Enfant est Privé de son Père par un Divorce : Restaurer du Père. In: L'Enfant Séparé de ses Parents: quels liens poursuivre? *Dialogue*, n.119, p. 56-62, 1 trim. 1993.
- FIGUEIRA, Sérvulo (Org.) *Uma Nova Família? o moderno e o arcaico na família de classe média brasileira*. Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1986.
- FREITAS, Silvana. Adultério Pode Deixar de Ser Crime. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 dez. 1997. Caderno Cotidiano, p.8.
- FOHR, Anne et alii. Familles: la Victoire des Nouveaux Couples. *Nouvel Observateur*, França, n.1753, p.10-18, 11 au 17 fev. 1998.
- FRANÇA. Autorité Parentale. *France Pratique*, Internet.
- FRANK, Rainer. A Fundamental Reform of Parentage Law is Pending. In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law/1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.179-188.
- FREUD, Anna; GOLDSTEIN, J.; SOLNIT, A. *Dans l'Intérêt de l'Enfant?* Paris, Éditions ESF, 1980.
- GARCIA MENDEZ, Emilio. La Convencion Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasion-represion a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina*, Forum Pacis, Colombia, Unicef, 1994, p.73-87.
- GEORGE, Marie Christine; PERDRIOLLE, Sylvie. Le Juge, le Droit et la Famille. In: *Malaise dans la Filiation*. *Esprit*, Paris, p.111-121, 1996.
- GIFFIN, Karen. Exercício da Paternidade: uma pequena revolução. In: SILVEIRA, P. (Org.). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1998, p.75-80.
- 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.
- GONTIJO, Segismundo. A Igualdade Conjugal. In: TEIXEIRA, S. F. *Direitos de Família e do Menor*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p.155-172.
- GONZALEZ, Marta R. et alii. Percepciones Parentales en Niños de Familias Separadas – Una Nueva Version del Síndrome de Estocolmo? *Anuário de Psicologia Jurídica*, Madrid, p.25-43, 1994.
- GRANATO, Alice; DE MARI, Juliana. Os Meus, os Seus, os Nossos - como divórcios, separações e novos casamentos estão mudando a família brasileira. *Veja*, ed.1589, ano 32, n.11, p.108-115, 17 mar.1999.

- GRÉCHEZ, Jean. Apprentissage de la Loi et Processus d'Évolution Psychique au Point Rencontre. *Dialogue*, n.132, 2 trim 1996.
- HURSTEL, Françoise. Les Changements dans la Relation Père-Nourrisson en France: Qui Sont les Pères qui "Paternent"? *Neuro-Psychiatrie de l'Enfance*, Paris, tome 33, n.2-3, p.85-88, 1985.
- HURSTEL, Françoise. La Fonction Paternelle Aujourd'hui : problèmes de théorie et questions d'actualité. *Enfance*, Paris, tome 40, n.1-2, p.163-179, 1987.
- HURSTEL, Françoise. La Fonction Paternelle, questions de théorie ou: des lois à la Loi. In: ANSALDI, J. et alii. *Le Père*. Paris, Ed. Denoël, 1989, p.235-262.
- HURSTEL, Françoise. Paternité. In: Auroux, S. Les Notions Philosophiques; Dictionnaire. In: JACOB, A. *Encyclopédie Philosophique Universelle*. Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p.1876.
- HURSTEL, Françoise. Le Concept de Famille. In: *L'Adoption des Enfants Étrangers*, Séminaire Nathalie-Masse, Centre International de l'Enfance, Paris, p.55-63, 1992.
- HURSTEL, Françoise. Paradoxes et Fragilité de la Paternité. *Revue des Sciences Sociales de la France de l'Est*, Paris, n.23, p.120-126, 1996a.
- HURSTEL, Françoise. Rôle Social et Fonction Psychologique du Père. *Informations Sociales*, Paris, n.56, p 8-17, 1996b.
- HURSTEL, Françoise. Identité Masculine, Inversion des Rôles Parentaux, Fonction Paternelle. *Enfance*, Paris, n.3, p.411-423, 1997.
- KALOUSTIAN, Silvio M. (Org.). *Família Brasileira - a Base de Tudo*. São Paulo, Cortez/UNICEF, 1994.
- KATZ, Sanford N. State Regulation and Personal Autonomy in Marriage: how can I marry and wohm can I marry? In: BAINHAM, A. (Ed.) *The international Survey of Family Law/1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.371-382.
- KARAN, Maria Lúcia. A Superação da Ideologia Patriarcal e as Relações familiares. In: SILVEIRA, P. (Org.). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre, Artes Médicas, p.185-192, 1998.
- KHAZOVA, Olga. The New Family Code. In: BAINHAM, A. (Ed.) *The International Survey of Family Law/1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.371-382.
- KNAEBEL, Georges. Grammaire du Père. *Informations Sociales*, Paris, n.56, p.18-22, 1996.
- KOZICKI, Énrique. La Filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el Derecho. *La Ley*, Buenos Aires, 12 jul.1990, p.2 e 4.

- KOZICKI, Énrique. De Algunas Palabras Iniciales que se Podrían Escamotear. In: LEGENDRE et alii. *Derecho y Psicoanálisis: Teoría de las Ficciones y Función Dogmática*. Buenos Aires, Hachette, 1992a, p.93-127.
- KOZICKI, Énrique. Derecho y Psicoanálisis. *Revista de la Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina*, Buenos Aires, n.7, p.35-44, 1992-b.
- IBGE Estatísticas do Registro Civil. *Anuário Estatístico do Brasil*, 1994.
- LACAN, Jacques. *Os Complexos Familiares na Formação do Indivíduo - ensaio de análise de uma função em psicologia*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1987.
- LAHALLE, Annina. Les Procédures Civiles de Protection des Mineurs. *Cahiers du CRIV*, Paris, 1990.
- LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J. B. *Vocabulário de Psicanálise*. São Paulo, Martins Fontes, 1986.
- LASCOUX, Jacqueline. Histoire de la Notion d'Intérêt de l'Enfant dans le Droit des Mineurs. In: BAILLEAU; GUEISSAZ. De quel Droit? De l'Intérêt... aux Droits de l'enfant. *Cahiers du Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson*, França, p.161-171, 1988.
- LEGENDRE, Pierre. Pouvoir Généalogique de l'État. In: Autorité, Responsabilité Parentale et Protection de l'Enfant. *Chronique Sociale*, Collection Synthèse, Lyon, p.365-373, 1992.
- LEGENDRE, Pierre. *El Crimen del Cabo Lortie - Tratado sobre el Padre*. Espanã, Siglo Veintiuno Ed., 1994.
- LEGENDRE, Pierre. *El Inestimable Objeto de la Transmisión*. México, Siglo Veintiuno Ed., 1996.
- LEGRAND, Cyriaque. Du Mineur a l'Enfant. *Actes du Colloque Européen Le Social par Coeur*. Conseil Général de la Somme, 8-9 et 10 nov. 1990.
- LINS DA SILVA, Carlos Eduardo. Congresso Reúne Pais que Cuidam da Casa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 dez. 1996. Caderno Cotidiano, p.3.
- LÓPEZ, Nayse. Como Nossas Mães. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 09 maio 1998. Cad. Mulher, p.6.
- MACEDO, Ana Paulo. Abandono de Marido Causa Perda de Pensão. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 nov. 1998. Cad. O País, p.11.
- MAILAT, Maria. Le Regard des Professionnels. *Informations Sociales*, França, n.56, p.107-121, 1996.



- MALHEIROS, Fernando. Os Laços Conjugais e os Novos Rumos da Família. In: CALLIGARI, C. et alii. *O laço conjugal*. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 1994, p.65-77.
- MALLET, Alain; MONIER, Jean-Claude. Du Droit des Mineurs aux Droits de l'Enfant. *Esprit*, p.31-43, mars-avril 1992.
- MARTIAL, Agnes. Au Fil des Mots. *Informations Sociales*, França, n.46, p. 37-45, 1995.
- MATHIS, M.N. De Quelques Ambiguïtés. In: Droits de l'Enfant et Malentendus de l'Autorité. *Dialogue*, Paris, n.115, p.3-7, 1 trim. 1992.
- MESLEM, Chafika. Vers un Nouveau Contrat Social; le rôle des femmes dans la famille. *Familles en Mutation dans une Société en Mutation*. Bruxelles, UNESCO/Conseil International des Femmes, 1992, p.67-74.
- MINAYO, Maria Cecília. *O Desafio do Conhecimento - Pesquisa Qualitativa em Saúde*. São Paulo/Rio de Janeiro, Hucitec-Abrasco, 1994.
- MINISTÉRIO DE CULTURA Y EDUCACION DE LA NACION. La Convencion Internacional por los Derechos del Niño, Antecedentes Históricos. In: *Sobre los derechos del Niño: Del Derecho al Hecho*. Programa Nacional por los Derechos del Niño y del Adolescente, Argentina, p.11-14, 1994.
- MOUNIER, Bruno. Quelle Place pour le Père? *Sauvegarde de l'Enfance*, França, vol. 51, n.3, p.219-227, 1996.
- MUZIO, Patrícia A. Paternidade (Ser Pai)...Para que Serve? In: SILVEIRA, P. (Org.). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1998, p.165-174.
- NA ALEGRIA e na tristeza. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 jun. 1997. Cad. Mulher, p.3.
- NEDER, Gizlene. Ajustando o Foco das Lentes: um novo olhar sobre a organização das famílias no Brasil. In: KALOUSTIAN (Org.). *Família Brasileira - a Base de Tudo*. São Paulo, Cortez/UNICEF, 1994, p.26-46.
- NEYRAND, Gérard. *L'Enfant Face à la Separation des Parents*. Paris, Syros, 1994.
- NEYRAND, Gérard. Divorce: et les Enfants? In: NEYRAND, G (Dir.). *La Famille Malgré Tout*. Paris, Panoramiques, n.25, p.133-139, 2 trim. 1996.
- NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: COMAILLE et alii. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p.127-168.
- NOËL, Janine. De Vraies Familles? In: *L'Adoption des Enfants Étrangers*. Séminaire Nathalie-Masse, Centre International de l'Enfance, Paris, p.65-71, 1992.

- NUNES, Eunice. Aumenta Interesse dos Pais em Disputar a Guarda de Filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 abr. 1995. Cad. Cotidiano, p.2.
- O VERDADEIRO papai do ano. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 8 ago. 1998. Cad. Cidade, p.18.
- OLIVEIRA, Guilherme; CID, Nuno de Salter. Family Law in Portugal. In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law/1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.345-362.
- OLIVIER, Christiane. Que Sont les Pères Devenus? In: NEYRAND, G. (Dir.). *La Famille Malgré Tout. Panoramiques*, Paris, n.25, p.140-143, 2 trim. 1996.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional dos Direitos da Criança. *Cadernos Populares da Pastoral do Menor*, Rio de Janeiro, n.8, 1989.
- PALATNICK, Elisa. Pais Separados, Filho Dividido. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 nov. 1998. Segundo Caderno, p.14.
- PAPAGEORGIU-LEGENDRE, A. L'Interdit: Prolegomènes à la Problematique du Meurtre. In: LEGENDRE, P. (Ed.). *Autour du Parricide*. Bruxelles, Émile Van Balberghe Libraire/ Yves Gevaert Ed., 1995, p.89-101.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porque o Direito se Interessa pela Psicanálise? *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC/RJ, n.6, p.113-125, jan.-jul. 1995.
- PEREIRA, Tânia M. (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: Estudos Sócio-Jurídicos*. Rio de Janeiro, Renovar, 1992.
- PERELMAN, Chaim. *Justice et Raison*. Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972.
- PERROT, Michelle. O Nó e o Ninho. Reflexões para o Futuro. *Veja 25 anos*, São Paulo, Abril Cultural, p.75-81, 1993.
- PETRUCCELLI, José Luis. Nupcialidade. In: KALOUSTIAN (Org.). *Família Brasileira - a Base de Tudo*. São Paulo, Cortez/UNICEF, 1994, p.159-171.
- PONJAERT- KRISTOFFERSEN, Ingrid. Le Rôle du Père dans la Famille. *Famillies en Mutation dans une Société en Mutation*. Bruxelles, UNESCO/Conseil International des Femmes, 1992, p.99-106.
- RAMOS, Magdalena. Quem Ajuda o Pai? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 nov. 1998, Cad. Cotidiano, p.4.
- RANCIÈRE, J. Égalité. In: Auroux, S. Les Notions Philosophiques; dictionnaire. In: JACOB, André. *Encyclopédie Philosophique Universelle*. Paris, Presses Universitaires de France, 1990.

- REGGIANI, Lúcia. Divorciado Ganha Ajuda on Line. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 nov. 1998. Cad. Informática, p.5.
- RIOU, Catherine L. La Filiation en Mal d'Institution. In: *Malaise dans la Filiation. Esprit*, Paris, p.91-110, dez.1996.
- RIVAS, Maria Fernanda. El Visitante, una Nueva Mirada al Padre en los Casos de Familia. *Encuentros*, Argentina, vol.4, n.11, p.28-29, nov. 1995.
- RIZZINI, Irene; PILOTTI (Org.). *A Arte de Governar Crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro, Instituto Interamericano del Niño/Ed. Univ. Santa Úrsula, Annais Livraria Ed., 1995.
- SAJON, Rafael. *Antecedentes Históricos y Conceptuales de la Convencion sobre los Derechos del Niño*. Argentina, Instituto Científico y Cultural El Diario, p.141-151, 1995.
- SALDEEN, Ake. Sweden: Changes in the Code on Mariage and Plans for Reform in the Areas of Adoption, Child Custody and Fetal Diagnostics. *Journal of Family Law*, University of Lousville, vol.29, n.2, p.431-439, 1991.
- SALDEEN, Ake. Rights of the Unborn Child and Questions of Custody, Acess and Residence. In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law*, 1995a, p.477-485.
- SALDEEN, Ake. *Family Law, Swedish Law - a Survey*. Estocolmo, Juristförlaget, p.359-395, 1995b.
- SAMALIN-AMBOISE, Claudine. Parent Isolé et Enfant Seul: relation d'emprise et de dégagement. *Sauvegarde de l'Enfance*, França, vol.51, n.3, p.255-265, 1996.
- SAYN, Isabelle. Le "Droit" au Maintien des Relations Personnelles entre Enfants et Parents. *Dialogue*, Paris, n.119, p.20-34, 1993.
- SAYN, Isabelle. Quand se Rompent les Mariages. In: NEYRAND, G. (Dir.). *La famille Malgré Tout*. Paris, Panoramiques, n.25, p.127-132, 2 trim. 1996.
- SELLTIZ et alii. *Métodos de Pesquisa nas Relações Sociais*. São Paulo, E.P.U/EDUSP, 1975.
- SVERÁK, Jan. *Kolya, uma Lição de Amor*, 1995 (vídeo).
- SILVEIRA, Paulo (Org.). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1998.
- SIMON, Farith. Família: apreciaciones desde el derecho. *Familia y Políticas Sociales*. Instituto Latino Americano de Investigaciones Sociales/UNICEF, p.29-44, 1995.

- SINCLAIR, June. From the Interim to the Final Constitution. In: BAINHAM, A. (Ed.). *The International Survey of Family Law/1996*, Holanda, Kluwer Law International, 1998, p.435-450.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos R. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- SKOLNICK, Arlene. La Paternité en Transition. *Familles en Mutation dans une Société en Mutation*. Bruxelles, UNESCO/Conseil International des Femmes, 1992, p.75-88.
- SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA. Opiniões sobre o Editorial "Ciências da Vida", da Folha de São Paulo de 21 dez.1998, *Jornal da Ciência (J.C.E.-Mail)*, n.1177, 23 dez. 1998 (editorial).
- SOIHET, Raquel. *Condição Feminina e Formas de Violência: mulheres pobres e ordem urbana 1890-1920*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- THÉRY, Irène. L'Énfant face à la Séparation Parentale; "intérêt de l'enfant" et "droits de l'enfant". In: BAILLEAU; GUEISSAZ. De quel Droit? De l'Intérêt...aux Droits de l'Énfant. *Cahiers du Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson*, França, p.147-160, 1988.
- THÉRY, Irène. Nouveaux Droits de l'Énfant, la Potion Magique? *Esprit*, Paris, p.7-30, mars-avril 1992.
- THÉRY, Irène. Identifier le Parent. *Informations Sociales*, França, n.46, p.8-19, 1995.
- THÉRY, Irène. *Le Démariage*. Paris, Ed. Odile Jacob, 1996a.
- THÉRY, Irène. Le Problème du "Démariage". In: NEYRAND, G.(Dir.). *La Famille Malgré Tout*. Paris, Panoramiques, p.19-22, 1996b.
- THÉRY, Irène. Différence des Sexes et Différence des Générations. In: *Malaise dans la Filiation*. *Esprit*, Paris, p.65-90, dez.1996c.
- THÉRY, Irène. Entrevista pessoal concedida à autora da tese e à Prof<sup>ª</sup>. Sonia Altoé. Rio de Janeiro, 27 ago.1996d (2 fitas cassete, 90min).
- UNICEF. Preguntas de los Padres. *Educacion para el desarrollo*, sd.
- VICENTE, Cenise. O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: uma política de manutenção do vínculo. In: KALOUSTIAN (Org.). *Família Brasileira - a Base de Tudo*. São Paulo, Cortez/UNICEF, 1994, p.47-59.
- VILLENEUVE, Catherine. *Choisir son Divorce*. Belgique, Marabout, 1994.

WALD, Arnold. *Direito de Família*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

WALLERSTEIN, Judith; KELLY, Joan. *Sobrevivendo à Separação: como pais e filhos lidam com o divórcio*. Porto Alegre, Artmed, 1998.

## APÊNDICE

### • Roteiro das entrevistas

#### 1 - Entrevista realizada com operadores do Direito (J)

- Pergunta "quebra-gelo": De que forma estudos psicológicos podem contribuir junto ao Direito de Família?

J.1- Na sua opinião, a legislação brasileira facilita o entendimento de que os filhos devem ser educados por ambos os pais, mesmo que separados?

J.2- Como são utilizadas, no Direito de Família brasileiro, as noções de interesse da criança e direitos da criança?

J.3- Como lida o genitor que possui a guarda em relação aos direitos e deveres sobre as crianças?

J.4- Qual a repercussão da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, junto ao Direito de Família Brasileiro?

J.5- O artigo 15 da Lei 6.515 ( pais sob cuja guarda não estejam os filhos poderão fiscalizar sua manutenção e educação) poderia reforçar a noção de que o pai que não permanece com a guarda do filho não deve-se preocupar com questões do cotidiano infantil?

J.6- Como é vista, na prática do Direito de Família, a questão da culpa na separação frente à atribuição de guarda? O cônjuge considerado culpado leva desvantagem na hora de requerer a guarda conforme expõe o artigo 10 ?

J.7- Como se lida nas audiências de separação com a questão referente ao relacionamento pais-filhos, após a separação?

J.8- O abandono do lar por um dos cônjuges é visto no Direito de Família brasileiro como impedimento para o exercício da autoridade parental, como permite a interpretação do artigo 11 da nossa legislação?

2- Entrevista realizada com pais e mães separados (P)

- Pergunta "quebra-gelo": Há quanto tempo estão separados?

P.1 Na sua audiência de separação, o que ficou decidido sobre a guarda dos filhos?

P.2 Foi explicado pelo Juiz, ou curador, como essa guarda deveria dar-se na prática, ou seja: quais as atribuições que caberiam a cada um dos pais?

P.3 Quando moravam juntos, quais as responsabilidades de cada um no dia-a-dia com as crianças?

P.4 Agora, após a separação, como dividem estas tarefas?

P.5 Considera que, após a separação, o genitor que não detém a guarda participa menos das decisões relacionadas à educação das crianças?

P.6 Qual a participação atual de seu (sua) ex, frente à educação de seus filhos?

P.7 Avalia que o relacionamento de seu filho com os pais deveria ser diferente? Como?

P.8 Sente-se sobrecarregada(o) por ter que tomar decisões sozinha(o)?/ Sente-se afastado(a) das principais decisões referentes à criança?

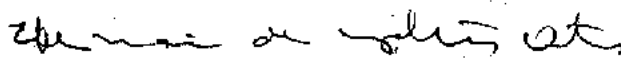
P. 9 E o envolvimento emocional entre seu (sua) ex e as crianças, como se dá?

P.10 Como é a visitação de seu ex-cônjuge a seus filhos?

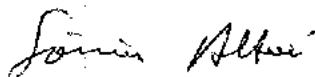
Tese apresentada ao Departamento de Psicologia da PUC-Rio por LEILA MARIA TORRACA DE BRITO, intitulada *Ser educado por pai e mãe: utopia ou direito de filhos de pais separados?* e aprovada pela Banca Examinadora, constituída pelos seguintes professores:



Prof<sup>ª</sup>. MARIA EUCHARÉS DE SENNA MOTTA  
(Orientadora) PUC-Rio



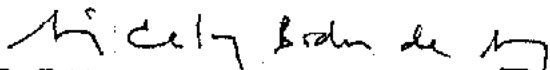
Prof<sup>ª</sup>. ESTHER MARIA DE MAGALHÃES ARANTES  
PUC-Rio



Prof<sup>ª</sup>. SÔNIA ELIZABETE ALTOÉ  
UERJ



Prof<sup>ª</sup>. GIZLENE NEDER  
UFF



Prof<sup>ª</sup>. MARIA CELINA BODIN DE MORAES  
PUC-Rio

Visto e permitida a impressão.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1999.



Prof. JURGEN HEYE

Coordenador dos Programas de Pós-Graduação  
do Centro de Teologia e Ciências Humanas