

AS TRANSIÇÕES FAMILIARES E O *MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA*: AS PERSPECTIVAS DO DIREITO E DA PSICOLOGIA¹

Maria Alice Rodrigues² e Vera Regina Ramires³

RESUMO: Este artigo analisa as repercussões das transições familiares, relacionadas ao divórcio ou separação dos pais, para as crianças. O que se considera o *melhor interesse da criança* nas situações de transição é examinado da perspectiva do Direito e da Psicologia. Discutem-se os avanços na legislação e nas decisões que concernem às crianças nas disputas judiciais, e as mudanças no imaginário social no que tange às representações de casamento, família, divórcio.

A importância de uma escuta efetiva e equilibrada das crianças, a necessidade do trabalho interdisciplinar, os benefícios de procedimentos como a mediação familiar, assim como as vantagens da modalidade de guarda compartilhada e a centralidade das relações afetivas na análise e compreensão dos processos de transição são aspectos abordados e destacados nesta análise.

PALAVRAS-CHAVE: crianças e divórcio; transições familiares; interdisciplinaridade.

THE FAMILY TRANSITIONS AND THE *BEST INTEREST OF THE CHILD*: THE PERSPECTIVES OF THE LAW AND OF THE PSYCHOLOGY

ABSTRACT: The present article analyses the influences of the divorce or separation of the parents upon the children. The best interest of the child in this transitional situation is examined on the perspective of the Law and of the Psychology. It also discusses the advances in the legislation and decisions in relation to the children at the judicial disputes, and the changes in the social imaginary in relation to marriage, family, divorce. The importance of a balanced and effective attention to the children, the necessity of an interdisciplinary work, the benefits of procedures as the familiar mediation, as well as the advantages of shared responsibilities and the concentration on affective relations in the analysis, and understanding of the transitional processes are important aspects studied and pointed out in this analysis.

KEY WORDS: Children and divorce; family transitions; interdisciplinary.

¹ As autoras agradecem o apoio da UNISINOS para a realização do estudo que deu origem a este artigo: "Transformações da família: a criança, o divórcio, as novas uniões e os vínculos familiares".

² Mestre em Direito, Professora e Coordenadora do Curso de Direito da UNISINOS e Advogada.

³ Psicóloga, Doutora em Psicologia Clínica, Professora e Coordenadora do Programa Interdisciplinar de Promoção e Atenção à Saúde e do Curso de Especialização em Psicoterapia Psicanalítica de Crianças e Adolescentes da UNISINOS.

Nas últimas décadas, tem-se assistido ao desdobramento de mudanças estruturais e ideológicas na família, mudanças que se expressam no surgimento ou reconhecimento de várias configurações familiares e em novos ideais de relacionamento. Neste artigo, procura-se abordar algumas das repercussões dessas mudanças para as crianças, especificamente relacionadas às transições familiares tais como separações dos pais, novas uniões, eventualmente novas separações etc. O que se considera como o *melhor interesse da criança* nessas situações de transição é examinado da perspectiva do Direito e da Psicologia.

A partir dos anos 50 e 60, surgiu uma extensa literatura a respeito da experiência de crianças e adolescentes relacionada à separação e/ou divórcio dos pais. Por tratar-se de um evento que se tornou freqüente na vivência de um número significativo de famílias, muitos estudiosos e pesquisadores de várias áreas do conhecimento se debruçaram sobre ele, numa tentativa de compreendê-lo e também os seus efeitos sobre os personagens envolvidos.

Os legisladores, os educadores, a imprensa, os profissionais em saúde mental e os teóricos da família focalizaram sua atenção nas taxas crescentes de separação e/ou divórcio e nas formas de garantir a preservação dos interesses, direitos e condições adequadas para o desenvolvimento das crianças que vivenciam essa transição familiar.

Hetherington e Stanley-Hagan (1999a) relatam que, nos anos 60, nos Estados Unidos, quase 90% das crianças passavam sua infância e adolescência em lares com os dois pais biológicos casados. Hoje, em torno de 40% das crianças naquele país e 50% no Reino Unido vivem nessas condições. Esses índices são atribuídos ao aumento no número de divórcios, aos nascimentos de crianças fora do casamento e à escalada significativa nas taxas de coabitação.

No Brasil, segundo dados divulgados pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe-CEPAL (1998), existiam, na década de 90, aproximadamente 14 milhões de famílias resultantes de experiências de separação e divórcio. Um em cada quatro casamentos terminou em separação neste período, e estima-se que na presente década o número de famílias nucleares (aquelas compostas por pai, mãe e filhos de um primeiro casamento) deverá ser menor do que o das novas uniões resultantes de separações e divórcios, numa proporção de 48 para 52%.

Estatísticas do Registro Civil do IBGE (2001) indicaram, em 1985, a realização de 952.295 casamentos no Brasil e um total de 112.547 separações judiciais e divórcios encerrados em 1ª instância. Em 1994, o número de casamentos caiu para 763.129, enquanto o de separações judiciais e de divórcios encerrados em 1ª instância se elevou para 181.920. Dessas separações e divórcios concedidos, 143.136 envolveram filhos e filhas. Em 1998, o número de casamentos declinou para 698.614, enquanto as separações e divórcios, encerrados em primeira instância, elevaram-se para 195.880, envolvendo 166.804 menores. Segundo os últimos dados disponibilizados, em 2001, o número de casamentos foi de 673.452, enquanto o número de separações judiciais e divórcios encerrados em 1ª instância elevou-se para 223.600, envolvendo 186.292 filhos e filhas.

Ainda, de acordo com o IBGE, o Censo de 2000 revela que 26% das famílias no Brasil são chefiadas por mulheres (na região norte esse percentual atinge a marca de 29,5%). Constata-se que, desde 1980, vem crescendo, de maneira regular, a proporção de domicílios com chefes mulheres, da seguinte forma: em 1981, 16,9% dos domicílios brasileiros eram chefiados por mulheres; em 1985, 18,2%. Em 1990, esse percentual passa para 20,3% e, em 1995, era de 22,9%. Essa evolução permite observar uma mudança significativa na configuração familiar brasileira.

Além das famílias nucleares, daquelas que vivenciaram uma ou várias separações e das famílias monoparentais femininas, as famílias monoparentais masculinas (embora em menor índice), as famílias cujos cônjuges estão numa segunda, terceira ou mais uniões conjugais e os casais homossexuais (com ou sem filhos) também compõem o cenário.

Segundo Carter e McGoldrick (1995), o divórcio é reconhecido como um rompimento importante no processo do ciclo de vida familiar, afetando-a em todos os níveis geracionais, tanto a nuclear como a ampliada. Ele provoca uma crise que atinge cada indivíduo que a compõe, aumentando a complexidade das tarefas desenvolvimentais que o grupo familiar estiver vivenciando no momento em que ocorrer.

Tal constatação, conforme Hetherington e Stanley-Hagan (1999b), não implica uma perspectiva "problematizante" do divórcio, que poderia levar a interpretá-lo como um mal em si, conduzindo a conseqüências nefastas na vida de todos os envolvidos. Ao contrário, a literatura mais recente começa a considerá-lo como uma transição familiar previsível na perspectiva do ciclo vital da família, superando o modelo de trauma e voltando-se para um paradigma que explora não só os riscos, mas também os recursos e as potencialidades dos sujeitos envolvidos, além dos fatores de proteção familiar e social. Reconhece-se, cada vez mais, que o divórcio e seus correlatos não podem ser apreendidos como um problema em si mesmos, e que é necessário que as novas formas de relacionamento e de vinculação familiar sejam avaliadas e compreendidas nas suas idiosincrasias, independentemente de padrões históricos rígidos e conservadores.

No âmbito da Psicologia, constata-se a importância, neste cenário de transformações dos relacionamentos amorosos e familiares, de se pensar, além das relações concretas, nos modelos e significados que essas relações produzem. Como profissionais ligados ao campo da saúde e/ou da educação, têm-se a consciência de que há uma falta de conceitos e teorias para dar conta desses novos modelos, o que acarreta implicações psicológicas, sociais, legais e éticas nada desprezíveis.

No âmbito do Direito, as mudanças nas relações familiares também são percebidas. A partir da Constituição Federal de 1988, tem-se uma nova concepção de família, fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, afetividade e pluralidade. Desde então, para o ordenamento jurídico, a família não é constituída somente pelo casamento, pois são reconhecidos outros

modelos, especialmente a união estável, a monoparental⁴, as chamadas seqüenciais⁵ e as formadas por casais homossexuais.⁶

A Constituição elegeu a pluralidade das relações familiares e a liberdade de escolha como princípios da nova família. O abandono do casamento como a única forma de estabelecimento da estrutura familiar significa a abdicação dos "valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes" (Lobo, 2002, p. 47).

A nova ordem constitucional também inovou ao possibilitar que as pessoas tenham acesso ao divórcio tantas vezes quantas acharem necessário. Com essa mudança, o ordenamento jurídico reconhece que é a afetividade que mantém as relações matrimoniais.

As transformações nas relações e os novos modelos e arranjos familiares remetem à necessidade de analisar a situação das crianças e adolescentes envolvidos nesses contextos, especialmente a dos filhos diante do rompimento das relações conjugais de seus pais, seja pela separação, divórcio ou dissolução de união estável.

Diante da valorização do papel da criança no seio da família, a decisão a respeito do seu destino nos litígios familiares assume fundamental importância, razão pela qual é preciso compreender e analisar o princípio do melhor interesse da criança na perspectiva do Direito e da Psicologia.

⁴ Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Parágrafo 3º. Para efeito de 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. Parágrafo 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵ Famílias seqüenciais ou reconstituídas são as constituídas por pessoas já separadas ou divorciadas e seus filhos. Nessa nova família, passam a conviver o homem e seus filhos, a mulher e seus filhos e, em alguns casos, também os filhos comuns.

⁶ Nem todos os modelos aqui mencionados estão expressamente previstos na Constituição Federal. No entanto, como ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, "a Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento". Dessa forma, mesmo que o tema não seja pacífico para os estudiosos do Direito, concorda-se com a tese que afirma estarem protegidas pela norma constitucional todas as entidades familiares que preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Nesse sentido, "as relações formadas por pessoas de mesmo sexo e as famílias seqüenciais estão contempladas na Constituição e devem ser consideradas como entidades familiares". Sobre o tema ver: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares: para além de numerus clausus. In: *Revista de Direito de Família do IBDFAM*, n. 12.

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: A PERSPECTIVA DO DIREITO

A análise do Princípio do Melhor Interesse da Criança sob a perspectiva jurídica remete, inicialmente, à Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, na qual consta, no artigo segundo, que

a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (Pereira, 2000, p. 4).

Posteriormente, em 1989, por ocasião da comemoração dos 30 anos da Declaração, foi aprovada, por unanimidade, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, pelo Decreto 99.710. Está assegurado, no artigo 3.1, no referido decreto, que “em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança” (Pereira, 2000, p. 5-6).

Pereira (2000, p.4) também afirma que, dessa forma, o *princípio do melhor interesse da criança* foi definitivamente incorporado ao sistema jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção. Enquanto as Declarações contêm princípios que não obrigam os Estados, as Convenções estabelecem regras e procedimentos que obrigam os Estados-Partes, não só a respeitá-las, mas também a garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos.

A Constituição Federal de 1988 também contempla esse princípio ao estabelecer, no artigo 227, como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) o incorporou em seus dispositivos, especialmente ao tratar a criança e o adolescente como sujeito de direitos, ao adotar a doutrina da proteção integral e assegurar os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Destacam-se, ainda, os artigos 5º. e 6º., como dispositivos que evidenciam o acolhimento do princípio.⁷

Tal perspectiva redireciona todas as questões relacionadas a crianças e adolescentes, tanto na esfera das políticas governamentais como nas decisões judiciais. Constatado que o princípio do melhor interesse da criança está

⁷ Estabelecem os artigos 5.º e 6.º, respectivamente: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. “Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

contemplado no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário examinar como tem sido interpretado pelos juristas, especialmente pelo Poder Judiciário. Para tanto, inicialmente será analisada a posição dos doutrinadores a respeito do tema e, posteriormente, algumas decisões judiciais que envolvem disputa sobre crianças e adolescentes, preferencialmente pedidos de guarda e visitas.

O princípio do melhor interesse da criança no Direito Brasileiro

Segundo Pereira (2000, p. 3), o princípio do melhor interesse da criança tem sua origem na Inglaterra, no instituto do *parens patriae*, que designava a prerrogativa do Estado de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria. Ao tratar de suas origens históricas, Daniel B. Griffith reporta-se a um caso julgado na Inglaterra em que a decisão judicial mencionou que "ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. O bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais". Também, nos Estados Unidos, em 1813, numa disputa de guarda, a Corte da Pensilvânia concedeu a guarda de uma criança à mãe, apesar de ela ter cometido adultério. No julgamento, foi considerado que a conduta da mulher no relacionamento com o marido não tinha ligação com a relação mãe-filho.

No direito brasileiro, o interesse da criança e do adolescente também deverá prevalecer, independentemente dos arranjos familiares existentes – casamento, união estável, família monoparental, seqüencial ou homossexual. Da mesma forma, não importa quem sejam os protagonistas da disputa – pais entre si, pais e parentes, pais e pessoas fora do grupo familiar – a decisão sobre a guarda, o direito de visitas, a adoção ou qualquer outra situação relacionada à criança deverá ter sempre como fundamento o melhor interesse da criança envolvida.

O grande desafio dos juristas é a definição do que seja o melhor interesse da criança. Quais são os critérios para estabelecer o melhor interesse da criança? Como evitar que a definição seja dada discricionariamente, isto é, sem uniformidade, pelo profissional da área jurídica? De quais interesses se está tratando? Interesses econômicos? Interesses afetivos? Estes questionamentos refletem preocupações discutidas e analisadas na doutrina e jurisprudência brasileira na atualidade. São perguntas que angustiam todos aqueles que atuam em processos judiciais envolvendo crianças e adolescentes – juízes, advogados, promotores, assistentes sociais, psicólogos, pais e as próprias crianças.

Com a Constituição Federal de 1988, afirma afirma Lôbo (2002, p. 55), a família, independentemente da maneira como se constitui, passa a ter importância como locus de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que a integram. O afeto é o elemento integrador do núcleo familiar. Trata-se da concepção eudemonista de família, em que não é o indivíduo que existe para a família, mas a família para o seu desenvolvimento pessoal, em busca da felicidade (Fachin, 1999, p. 290-1). A partir dessa perspectiva, tem-se o primeiro critério para orientar as decisões judiciais: a relação afetiva dos envolvidos no conflito.

Conforme assinala Fachin (1996, p. 98), no direito anglo-saxão, quando são tratados temas como guarda de crianças, direito de visita e pedido de adoção,

utiliza-se como critério a análise de alguns aspectos para determinar, em cada caso concreto, o melhor interesse da criança. Sem considerá-los exaustivos, são analisados os seguintes aspectos: o amor e os laços afetivos entre a criança e os adultos envolvidos no conflito; a habitualidade do pai/mãe ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade de atender às necessidades de alimentação, habitação e assistência médica da criança; o padrão de vida estabelecido; a saúde dos postulantes da guarda ou adoção; a análise do meio em que a criança vive, incluindo a residência, a escola, a comunidade; averiguação dos laços religiosos; a opinião da criança, quando tem possibilidade de manifestá-la; a habilidade do pai ou mãe guardião de encorajar e assegurar a comunicação do outro, não guardião, com a criança.

Como se pode observar, a qualidade da relação afetiva que a criança mantém ou tem possibilidades de manter com o adulto que a disputa é um dos principais aspectos a serem considerados para a identificação do seu melhor interesse. É importante averiguar como era o relacionamento antes do litígio, dando-se relevância ao comprometimento e responsabilidade do adulto em relação à criança, pois não é suficiente o afeto descompromissado e irresponsável, como, por exemplo, do adulto que tudo permite e não estabelece limites. A preocupação principal é assegurar o bom desenvolvimento emocional da criança, garantindo-lhe a manutenção dos laços afetivos já existentes.

É possível identificar na legislação brasileira alguns critérios definidores do melhor interesse da criança. Ao regulamentar a guarda de filhos nos litígios de separação e divórcio, a Lei 6515/77 afastou-se desse princípio, estatuinto que a guarda deveria ficar com quem não fosse o culpado pela separação. No caso da culpa recíproca, havia a preferência pela guarda materna. Conforme o disposto no artigo 13, em casos graves, a guarda poderia ser concedida de modo diverso, "a bem dos filhos".⁸

No entanto, constata-se que as decisões judiciais priorizavam mais os interesses das crianças do que a aplicação daqueles dispositivos legais.⁹ Especialmente após 1988, as decisões sobre a guarda passaram a ter como fundamento o artigo 13 da Lei 6515/77, independentemente dos motivos da separação, tendo como critério o bem dos filhos, atendendo-se, assim, ao princípio do melhor interesse da criança.

⁸ Ao disciplinar a separação e o divórcio, a Lei 6515/77 revogou os artigos 325 a 328 do Código Civil/16, que tratavam da guarda de filhos nas ações de desquite. Embora os dispositivos a respeito da guarda na Lei do Divórcio não façam referência expressa à culpa, tal como faziam os artigos revogados, ao estabelecer que os filhos ficarão com o cônjuge que não houver dado causa à separação, a lei vincula a concessão da guarda à ausência da culpa.

⁹ Contudo é importante lembrar que na década de 70 e 80, prevalecia a idéia de que os filhos deveriam ficar com a mãe e, somente excepcionalmente, poderiam ser entregues ao pai ou terceira pessoa. Assim, embora muitas vezes a decisão judicial fizesse referência ao interesse da criança, o real fundamento era o "direito natural". O tema foi muito bem abordado na obra *A figura/personagem mulher nos processos de família*, de autoria de Silvia Pimentel, Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan (1998).

Ao tratar da colocação da criança em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, na análise do pedido, o magistrado leve em conta, entre outros aspectos, a relação de afinidade e afetividade existente entre a criança e aqueles que postulam a medida¹⁰. É outro exemplo de critério definidor do melhor interesse da criança estabelecido na legislação e que também deve ser utilizado nos processos de separação e divórcio.

Com a vigência do novo Código Civil, as questões relativas à guarda dos filhos passaram a ser regulamentadas em capítulo próprio, intitulado "Da Proteção da Pessoa dos Filhos". A nova regulamentação revoga a Lei Divorcista e estabelece que, em caso de separação ou divórcio consensual, a guarda dos filhos será definida pelos pais.¹¹ Ainda está previsto que, havendo motivos graves, em qualquer caso, a bem dos filhos, o magistrado poderá regular de maneira diferente da estabelecida.¹² Assim, percebe-se que a definição da guarda deve atender aos interesses das crianças envolvidas, podendo, inclusive, o magistrado interferir no acordo formulado pelos pais.

Nas situações de litígio, a guarda deverá ser concedida a quem revelar melhores condições de exercê-la. Nos casos em que nenhum dos pais tenha condições de ficar com os filhos, a guarda poderá ser dada à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, devendo ser considerado o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade.¹³

Ao estatuir que a guarda deve ser definida a bem dos filhos, observando-se a relação de afinidade e afetividade, o novo Código apontou importante critério para a definição de qual dos pais tem melhores condições para o exercício da guarda, qual seja, a relevância da relação afetiva.

No novo Código Civil, a regulamentação da guarda de filhos está inserida no subtítulo que trata do casamento, tendo como modelo somente a família matrimonializada. Contudo, tais normas devem ser aplicadas igualmente aos filhos advindos de qualquer relacionamento, incluindo-se, portanto, as famílias monoparentais, as uniões estáveis e outras formas de arranjos familiares, observando-se o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Apesar de avanços em relação à legislação divorcista, a forma como a guarda está regulamentada no novo Código Civil revela-se inadequada, pois foi priorizado um único modelo de guarda, qual seja, a guarda unilateral. De acordo com essa concepção, com a separação dos pais, os filhos ficam sob a guarda de um deles, enquanto o outro tem a responsabilidade de pagar pensão alimentícia e tem

¹⁰ Artigo 28, § 2º. Na apreciação do pedido, levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

¹¹ Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

¹² Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

¹³ É o que está previsto no art. 1.584.

direito de visitas. É um modelo que pode gerar muito sofrimento, especialmente quando à definição da guarda resultar de um processo litigioso. Os filhos tendem a ficar com sentimento de culpa em relação à separação dos pais. Por sua vez, o genitor que perdeu a guarda sente-se derrotado, aspecto que, aliado ao fato de ficar com um papel secundário na vida do filho, pode provocar um afastamento.

Outro modelo de guarda é a alternada. Por essa modalidade, a criança permanece durante um determinado período com o pai e noutro, com a mãe. Portanto, possui dois ambientes distintos em que passará a viver depois da separação dos pais. A guarda alternada possibilita a convivência com ambos os pais. Nos países que a admitem, afirma Leite (1997, p. 259 -260), normalmente é estabelecido um igual tempo de convivência com ambos os genitores, assegurando a manutenção dos vínculos parentais, podendo evitar o afastamento que às vezes ocorre na guarda unilateral. Contudo, essa modalidade não é bem aceita no Brasil, questionando-se as conseqüências das constantes mudanças para a criança, que geram insegurança, falta de referenciais e de estabilidade.

Atualmente, considera-se que uma das melhores maneiras de estabelecimento de guarda nos processos judiciais é a concessão da guarda conjunta ou compartilhada. Nesta hipótese, os filhos permanecem sob a guarda de ambos os pais, reforçando-se a responsabilidade pela sua educação e retirando-se a sensação de poder que normalmente é acometido o guardião nos casos de guarda unilateral. Em razão do compartilhamento da guarda, ambos os pais assumem cuidados diretos com os filhos, embora residam em locais diversos. Trata-se de um modelo que exige um comprometimento dos genitores com a vida do filho, independentemente do término da relação conjugal.

O novo Código Civil foi omissivo quanto à regulamentação desta modalidade de guarda, o que, evidentemente, não retira a possibilidade de sua utilização, uma vez que não há qualquer vedação no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴ Ao contrário, para atender-se ao princípio do melhor interesse da criança, essa parece ser a melhor forma de regulamentar a guarda de crianças e adolescentes, tanto que é a regra nos Estados Unidos, Canadá e em países da Europa.

Entretanto, em se tratando de ajustes das relações familiares, é a análise do caso concreto que permitirá estabelecer o modelo mais adequado para a definição a respeito da guarda, pois não existem soluções prontas e modelos ideais. Conforme alerta Barros (1997, p. 781-835):

a forma de convivência familiar mais adequada é aquela em que aquela família particular conseguiu construir de acordo com suas necessidades pessoais. Não existe lei que dê conta de garantir um modelo Ideal, mas a lei pode e deve garantir a possibilidade da construção do modelo que satisfaz a cada família, em seu caso.

¹⁴ Existem Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional propondo a inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. O projeto de autoria do Dep. Ricardo Fiuza propõe a inclusão de um parágrafo único no artigo 1.583 do Código Civil, estabelecendo que a guarda poderá ser conjunta ou compartilhada, se preservar os interesses dos filhos.

A análise dos dispositivos do novo Código permite afirmar que o princípio do melhor interesse da criança está contemplado, especialmente porque a codificação deverá sempre ser interpretada à luz da Constituição Federal e dos princípios estabelecidos nas Declarações e Convenções Internacionais.

ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS

Os principais aspectos considerados relevantes na definição do melhor interesse da criança mencionados na doutrina e identificados na legislação também são encontrados em decisões judiciais. Serão examinados alguns exemplos de decisões judiciais que consideraram como critério definidor do melhor interesse da criança a relação afetiva, a manutenção da situação familiar já consolidada e a manifestação da criança.

O primeiro caso analisado retrata uma situação de família seqüencial. Trata-se de um casal que passou a viver em união estável após o rompimento de uniões anteriores. Em razão do novo relacionamento, formou-se núcleo familiar constituído pela mulher, sua filha de tenra idade e seu companheiro. Devido à convivência familiar e ao abandono afetivo do pai biológico, foi postulada a adoção pelo companheiro da mãe, que convivia com a criança há mais de seis anos, ou seja, desde seus oito meses de idade. Diante da inconformidade manifestada pelo pai biológico, o magistrado, referindo-se ao relacionamento pai biológico e filha, ponderou que ele "não participou de sua educação, tampouco acompanhou seu crescimento, deixando de exercer o papel parental, função assumida pelo atual marido da mãe". Além disso, a criança referia-se ao autor do pedido de adoção como sendo seu "pai" e ao réu como sendo "o pai de minha irmã". Referindo-se à manifestação da criança no processo e à relação afetiva existente entre o adotante e a criança, o magistrado assinalou que "é de ser valorado seu desejo em assim permanecer e considerado, acima de qualquer coisa, o direito em permanecer junto à pessoa que sempre desempenhou o papel paterno, sobrepondo-se o interesse da criança ao do demandado". Dessa forma, a adoção foi concedida, contrariando posição da equipe interdisciplinar que opinou pela manutenção do vínculo biológico (Brasil, 2001).

O segundo processo analisado trata da situação de uma criança que foi entregue pela mãe aos cuidados de um casal, pois, após a separação, o ex-marido mudou-se de cidade e nunca mais contribuiu para o sustento dos filhos. Ao ser citado no processo de adoção, o pai contestou o pedido e postulou a guarda da criança. Em sua decisão, o magistrado considerou não ser correto retirar a criança dos adotantes, pois estava bem adaptada, saudável e feliz no novo lar. Segundo a sentença, atender ao pedido do pai biológico importa para a criança "em desconsiderar-se totalmente o seu bem-estar, a sua tranqüilidade e a sua segurança, objetivos maiores do instituto do pátrio poder, direito protetivo que é, em benefício de quem, em relação a ele outra coisa não fez que não gerá-lo". Com base nas contribuições da teoria psicanalítica francesa, o magistrado analisa a maneira como a criança estabeleceu laços afetivos na nova família, conseguindo identificar substitutos para as funções paterna e materna: "O período que se segue após o advento da linguagem em cada criança é de suma importância para a formação de

seu caráter”, pois a criança torna-se sujeito desejante e, com isso, procura substitutos para o que não tem mais. Assim, fundamentada na relação afetiva existente entre os adotantes e a criança, reveladora de verdadeiro vínculo de paternidade/maternidade e filiação, foi concedida a adoção, decisão mantida pelo tribunal por unanimidade (Brasil, 1998).

Nos exemplos acima, o critério definidor do melhor interesse da criança foi a relação afetiva existente entre as pessoas envolvidas. Examinar-se-ão, a seguir, algumas decisões cujo critério definidor foi manter a criança na situação familiar já consolidada.

A primeira trata da situação de uma criança que vivia sob a guarda de fato de uma tia, juntamente com a mãe que havia sido interditada. Diante de tal situação, o pai postulou a guarda da criança. A decisão manteve a criança com a tia e a mãe, por considerar esta a solução que melhor atendia, no momento, aos interesses da criança. Embora a ementa não faça referência, certamente, nenhuma circunstância foi trazida ao processo para justificar a alteração da guarda, devendo, nesses casos, a criança ser mantida no ambiente familiar onde já se encontra há bastante tempo (Brasil, 2000, n. 6, p. 134).

O segundo exemplo retrata a situação de um casal que disputa a guarda do filho menor em processo de separação litigiosa. Após a separação do casal, o menino ficou residindo com o pai. Com o ajuizamento do pedido de separação, a mãe postulou liminarmente a sua guarda. Considerando que a situação fática ficou consolidada, o Tribunal negou provimento ao recurso da mãe, destacando que, diante da inexistência de fato novo que justifique a mudança, deve a criança ser mantida com o pai, “pois as alterações de guarda constituem, via de regra, fato nocivo para o infante, pois implicam alterar sua rotina de vida e também os seus referenciais, devendo ser evitada sempre que possível”. Em seu parecer, o Procurador de Justiça destacou que o importante “é o bem-estar do menor que, em tese, não precisa suportar as desavenças de seus pais”, sendo descabido que a criança seja transformada num troféu no litígio entre os pais (Brasil, 2003c).

Examinam-se, por fim, algumas decisões judiciais em que o critério definidor do princípio do melhor interesse da criança foi a manifestação de vontade das crianças e adolescentes envolvidos no conflito.

A primeira decisão traz a situação de uma adolescente, disputada pelos pais, que demonstraram ter idênticas condições para assumir a guarda da filha. Neste caso, a sentença teve como fundamento a vontade da adolescente, livremente manifestada. Segundo a ementa,

em questões atinentes a menores, impõe-se o prevalectimento do interesse deles, com vistas ao seu bem-estar. Se, exempli gratia, divorciados os pais, sua filha adolescente opta, sem hesitar, por residir em companhia do pai, tendo este e a mãe idênticas condições para o exercício da guarda, impõe-se dar receptividade à sua opção, desde que se infira ter sido livremente manifestada (Brasil, 2001).

O outro caso retrata a situação de disputa em ação de regulamentação de visitas. As crianças ficaram sob a guarda materna, mas o pai postulou em juízo a regulamentação das visitas aos filhos adolescentes. Na análise do processo, o

desembargador destacou que "é uma situação familiar marcada por mágoas e culpas, que deixou seqüelas na prole, ficando claro o distanciamento existente entre pai e filhos, os quais venceram a infância e ingressaram na adolescência trazendo a marca da rejeição à figura paterna. E é essa rejeição de parte dos filhos, precisamente, que constitui óbice à visitação." Nos laudos psiquiátricos realizados no processo, foi constatada a dificuldade de relacionamento entre o pai e os filhos adolescentes. Dessa forma, diante da manifestação dos adolescentes, as visitas não foram regulamentadas, mas, para a tentativa de restabelecimento da relação afetiva entre o genitor e seus filhos, foi recomendada a realização de terapia familiar. É interessante observar que uma das desembargadoras destacou a dificuldade de julgar demandas dessa natureza, mencionando que o Judiciário é colocado na posição de substituto dos pais que não conseguem vencer suas desavenças. Ressaltou que, no caso, "o que impressiona é a condição profissional das partes. Ambos trabalham na área do psiquismo humano, mas, apresentam tal grau de dificuldades de resolver os próprios conflitos que acabam transtornando a vida dos filhos" (Brasil, 2003).

Na esteira do estatuído no Artigo 12.º da Convenção dos Direitos da Criança¹⁵ e no artigo 28, § 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, deve-se assegurar que a criança e o adolescente sejam ouvidos e suas opiniões consideradas, nos litígios envolvendo seus interesses, uma vez que são sujeitos, e não, objetos de direitos. No entanto, é preciso garantir que a aferição da vontade da criança ou adolescente seja feita de forma adequada, evitando-se que a "escuta" se transforme em mais uma forma de violação dos direitos e garantias a eles assegurados.

Com a finalidade de evitar que tal aconteça, é necessário que a "escuta" seja realizada pelas equipes interdisciplinares, profissionais capacitados a examina-rem o contexto pessoal e social da criança ou adolescente; sua idade e maturidade; as influências que podem ter recebido dos pais; a capacidade de agir e reagir diante do conflito familiar; suas condições psicológicas e afetivas. Esses profissionais também precisam estar atentos para as inúmeras possibilidades dos arranjos familiares, a fim de que não projetem e reproduzam suas próprias concepções de mundo ou o senso comum a respeito dos problemas debatidos.

Aspecto que também merece análise é o reconhecimento do próprio Judiciário de que não possui condições de solucionar alguns conflitos familiares. Cada vez mais fica clara a necessidade da atuação conjunta com outras áreas do conhecimento humano, especialmente da psicologia. Não basta uma decisão a respeito da guarda ou das visitas para que o conflito familiar termine ou seja

¹⁵ Artigo. 12 – 1. Os Estados-partes assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança. 2. Para esse fim, à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.

¹⁶ Art. 28, § 1.º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada.

reduzido, mesmo que fundamentada nos princípios constitucionais e do melhor interesse da criança envolvida. Mais do que decisões do Judiciário, as pessoas precisam é adquirir capacidade para solucionar seus problemas, que, invariavelmente, têm origem afetiva.

Nesse sentido, o Judiciário pode contribuir afastando a inócua discussão sobre a culpa nos processos judiciais e priorizando as soluções encontradas pelas próprias partes, através da conciliação, da mediação ou recomendação de terapia familiar, assegurando-se, dessa forma, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana das pessoas envolvidas nos conflitos familiares.

A discussão a respeito da necessidade da superação do princípio da culpa pelo princípio da ruptura nos processos de separação está bastante avançada no Brasil.

Em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como um dos fundamentos da República, a família se constitui como espaço para a realização dos indivíduos, cujas relações se estabelecem pelo princípio da afetividade. Nesse contexto, a separação pode ser decretada se reconhecida a falência da relação afetiva, numa concepção de que o divórcio deixou de ser visto como repúdio, devendo ser concebido atualmente mais como "uma decisão pessoal, na qual descabe a intervenção do Estado exigindo a identificação de um responsável para puni-lo de forma exemplar" (Dias, 1998, p. 41-43). Quando há o reconhecimento de que o afeto chegou ao fim, a solução jurídica mais coerente com a nova concepção de família é a que libera as pessoas para que prossigam na busca de sua realização pessoal (Carbonera, 1998, p. 303).

O novo Código Civil manteve o sistema que permite o exame da culpa, mas inseriu um artigo que faculta a opção pelo princípio da ruptura. Com efeito, nos termos do parágrafo único do artigo 1.593, o juiz poderá considerar outros fatos que tornem insuportável a vida em comum. Ora, nada mais insuportável do que continuar uma relação de casamento em que não exista mais o afeto. Desse modo, além dos princípios constitucionais, a fundamentação para o afastamento da discussão a respeito da culpa está prevista também no novo estatuto civil. Tal possibilidade representa um avanço, pois, "além de ser altamente problemática a identificação de culpado e de inocente em relacionamento tão interativo como é o conjugal, a pesquisa de ofensas aos deveres do casamento importa intromissão odiosa do Estado na intimidade do casal" (Villela, 1985, p. 12-13).

O afastamento da discussão a respeito da culpa tem sido praticado também nos tribunais do país, especialmente no Tribunal de Justiça do RS, pioneiro em decisões sobre o tema¹⁷. Esta perspectiva é muito importante, pois contribui

¹⁷ Apenas para exemplificar transcreve-se parte da ementa: SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. CULPA. PROVA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE, EMBORA ADMITIDO PELO SISTEMA JURÍDICO. É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha dos bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da

para minimizar as desavenças do casal, evitando-se os reflexos em relação aos filhos, invariavelmente envolvidos quando o casal busca um culpado no processo de separação.

O melhor interesse da criança também pode ser atingido com a inclusão da mediação como possibilidade de solução dos conflitos conjugais. A mediação é uma dinâmica de resolução de conflitos que vem sendo utilizada de forma crescente em muitos países, como alternativa às formas tradicionais de solução dos litígios interpessoais e da vida em comunidade. Através de um diálogo com outras áreas do conhecimento, tais como a Psicologia, a Assistência Social, buscam-se outras formas de solução dos conflitos, ou seja, um meio alternativo.

A mediação dos conflitos conjugais é um conjunto de estratégias levadas a cabo por um profissional capacitado, chamado mediador familiar, que pode conduzir o casal ou a família, a uma resolução pacífica dos conflitos que a afetam, tomando como ponto de partida a devolução da autodeterminação às partes envolvidas, a fim de que tomem suas próprias decisões a respeito dos problemas (Gorvein, 1998, p. 163).

Através da mediação, que pode acontecer antes, durante e até mesmo depois do processo judicial, devolve-se às pessoas a responsabilidade de olharem para o seu conflito, para suas relações, para si mesmas e, a partir de uma comunicação restabelecida, pensarem na solução mais adequada para seus problemas. Com isso, as partes retomam a capacidade de resolver os conflitos e de construir acordos com os quais possam se comprometer, evitando-se a intervenção paternalista do Estado, o que significa um resgate de cidadania.

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: A PERSPECTIVA DA PSICOLOGIA

Ao refletir sobre o tema da criança e os conflitos familiares no cenário da família contemporânea, da perspectiva da Psicologia, impõe-se que se faça algumas considerações a respeito das concepções de família, vigentes no imaginário brasileiro.

Um rápido passeio através desse cenário mostra, como já foi visto, a co-existência de diversos arranjos familiares: as famílias nucleares de primeira união, compostas pela mãe, pai e filhos biológicos, as famílias de segunda, terceira ou mais uniões compostas pelo casal, e os filhos de um deles ou de ambos, e talvez os filhos dessa nova união, as famílias monoparentais femininas (muito mais freqüentes) e masculinas, os pares homossexuais, eventualmente com filhos de um deles ou adotivos.

Percebe-se de saída que talvez não se possa falar "da família contemporânea", mas "das famílias" que compõem a realidade atual. O que significa

fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar a degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade da pessoa humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional (Brasil, 2003a).

a inexistência de um modelo dominante no que diz respeito às práticas e ao discurso normatizador das práticas, tornando-se a regra a heterogeneidade, a pluralidade, a flexibilidade. Não há, portanto, um modelo padrão, único, capaz de nortear todas as decisões relativas às crianças por ocasião de transições como separações, divórcios, novas uniões.

Entretanto, parece que a dimensão sociocultural, que comporta todas as modificações estruturais da família citadas acima, se mostra menos resistente à mudança do que a dimensão da subjetividade. Diversos autores (Almeida, Carneiro e Paula, 1997, p. 33-52), apontam que, ao lado dessa pluralidade, permanece ativo na mentalidade brasileira um modelo de família padrão. Por mais que a família venha mudando, persiste um modelo ideal, normativo ou idealizado de composição familiar, atuando no imaginário das pessoas. A narrativa cultural que prevalece aponta, de acordo com Souza (1997, v. 5, p. 42), para "a existência de um mito relativo à família perfeita ou intacta, no sentido da família nuclear, mesmo que esta seja mais uma exceção do que a regra".

Conforme Souza (1997, v. 5, p. 42), esse é um fator que contribui para o incremento do sofrimento resultante dos conflitos familiares e do divórcio, pois, além da dor pelo rompimento do laço amoroso, dos sentimentos de fracasso, das dificuldades materiais e de reorganização concreta da vida, as pessoas envolvidas vivem uma espécie de "experiência de transgressão" em relação ao modelo normativo cultural. "Embora o divórcio seja juridicamente legal, no universo psicológico (individual e coletivo) brasileiro, trata-se de uma transgressão que traz consigo a vergonha e a culpa por dividir-quebrar-romper a família e, com isso, esfacelar a imaginada proteção dela emanada".

Tais crenças e concepções foram introjetadas não apenas pelos atores de um processo de separação, mas também pelos profissionais que estarão envolvidos muitas vezes com a situação, refletindo-se sobre o desenrolar do processo e contribuindo, com frequência, para o incremento dos conflitos e do litígio.

Uma outra concepção presente muitas vezes no imaginário das pessoas envolvidas num processo de separação, incluindo o casal e os profissionais que eventualmente estarão ligados a ele, está relacionada à priorização dos vínculos sanguíneos, em detrimento dos vínculos afetivos, e à prioridade do vínculo mãe-filho. Assim, até há bem pouco tempo, por ocasião de uma separação, não se questionava costumeiramente quem seria o detentor da guarda dos filhos, assumindo-se como óbvio que este era o papel da mãe¹⁸. Nos papéis atribuídos ao gênero feminino estava implícita a função de maternagem e cuidado dos filhos e, ao gênero masculino, a função de provê-los materialmente. Além disso, dificilmente se questionava a preferência dos pais biológicos como detentores da guarda de sua prole, independentemente de suas condições afetivas, sociais, econômicas, etc.

Entretanto, uma série de fatores (estruturais, ideológicos, culturais, econômicos, legais, políticos etc.) vem impulsionando mudanças que se refletem nas esferas da lei, das políticas governamentais e nas decisões judiciais como se

¹⁸ Segundo o IBGE (2002), ainda nos dias atuais, em 90% dos casos, as mães são detentoras da guarda dos filhos.

verificou acima. Tais mudanças, embora não de uma forma rápida e homogênea, certamente irão repercutir na subjetividade e no imaginário de todos os envolvidos nas transições familiares.

No que diz respeito à criança, alguns estudos sugerem que a forma como ela concebe sua experiência, em termos de configuração familiar, tende a ser mais flexível do que a de seus pais ou dos adultos em geral. Por exemplo, Souza (1999, p. 103-120) pesquisou os conceitos de separação, divórcio, famílias monoparentais, as transformações e os sentimentos associados em crianças de cinco a dez anos de idade, da classe média paulista. Constatou que não faz parte do imaginário dessas crianças uma realidade na qual o casamento é para sempre, sendo o divórcio visto como algo possível e provável no relacionamento parental. O conflito é interpretado como algo subjacente à separação, constituindo-se como uma motivação para o término da relação conjugal. Entre os achados desse estudo, surge o reconhecimento do amor conjugal como algo central para o relacionamento, sendo que este pode acabar.

Em outro estudo¹⁹, a mesma autora (Souza, 1999) discute as concepções das crianças (entre cinco e dez anos de idade) acerca dos relacionamentos familiares, procurando identificar em que experiências e vínculos elas se baseiam para definir família, quais arranjos são identificados como tal, quais as transformações que podem ser previstas e como se posicionam frente a elas. Constatou nesse estudo que o critério afetivo surge em todas as idades na definição das crianças do que é uma família. Essas crianças mostraram uma flexibilidade de pensamento, acesso às informações e seu uso adequado. O significativo domínio demonstrado pelas crianças com relação aos vários vínculos envolvidos no relacionamento familiar possibilita, segundo a autora, que elas apresentem uma noção de família como processo ou percurso geracional, extrapolando os limites do núcleo conjugal. Além disso, as concepções de família dessas crianças baseavam-se numa composição de vínculos, incluindo o biológico, o residencial, o afetivo. Esses vínculos podem ser compostos ou recompostos frente às mudanças estruturais decorrentes das separações ou novas uniões dos pais, sendo que, para a autora, ficou claro que é o desenvolvimento cognitivo, mais do que a experiência direta com a situação, o que permite à criança estabelecer uma diferenciação entre vínculos reversíveis e irreversíveis.

Em estudo recentemente, (Ramires, 2002) concluído sobre as concepções de crianças e adolescentes entre cinco e quinze anos de idade acerca dos vínculos amorosos, encontram-se resultados semelhantes, indicando que, para os entrevistados, o vínculo amoroso romântico, o qual inclui o conjugal, é concebido como permeado por conflitos e reversível.

Essa flexibilidade e capacidade de compreensão das crianças acerca das transições familiares constituem-se como importantes fatores de proteção para sua saúde e bem-estar quando da vivência dessas transições e as credenciam como agentes capazes de participação ativa nas definições que as acompanham.

¹⁹ SOUZA, Rosane Mantilla. Família, minha família, a família do papai, uma família sem papai e outros desafios à compreensão infantil. *Psicologia Revista*. São Paulo, v. 6, 1998. p. 54-76.

James e James (1999, v. 6, n. 2, p. 189-206) oferecem uma perspectiva muito interessante para analisar a questão das crianças e o divórcio, ao contextualizar no tempo e no espaço o conceito de infância e ao chamar a atenção para a importância de uma postura que reconhece e valoriza a competência da criança para construir suas experiências de infância. Ouvir suas vozes, então, se tornou algo valorizado desde os anos 70, tanto dentro como fora da academia e, se antes as crianças eram consideradas como o simples resultado das práticas da sua criação e cuidados, hoje em dia, dá-se importância para o reconhecimento da diversidade de experiências de infância e para o reconhecimento da criança como ator social.

Entretanto, enquanto tal retórica pode ser ruidosamente proclamada, os autores alertam para o risco de, na prática, os interesses e as necessidades das crianças continuarem sendo ignorados através da visão tradicional dos adultos no que diz respeito aos seus modelos de criança e ideologias de infância.

Acredita-se que a infância é melhor compreendida como socialmente construída, devendo-se levar em conta que os primeiros anos de vida proporcionam uma particular estruturação para as crianças através das suas experiências de vida cotidianas (Novaes, 2000). O corolário dessa ideia, para James e James (1999), talvez seja menos prontamente aceito: as ideias sobre o que a criança é devem necessariamente também variar ao longo do tempo e do espaço. Em parte, em função de uma continuada aderência ao poder explanatório dos modelos da psicologia do desenvolvimento, há uma certa resistência em assumir o conceito de infância como não universal, e isso pode influenciar muito do que é escrito e decidido sobre a infância.

Para que se possa garantir efetivamente a realização do melhor interesse da criança, nas situações em que essa discussão se imponha, torna-se importante, pois, discutir e compreender a infância contemporânea em seus diferentes espaços – a família, a escola, a rua, o local de trabalho, ou outros tipos de espaço social, cultural ou institucional, tendo em vista que não há soluções gerais e aplicáveis em todas as situações.

James e James (1999) discutem o impacto do Estatuto da Criança de 1989 da Inglaterra e País de Gales em relação às crianças e ao divórcio nestes países. Consideram que, até recentemente, o divórcio era um processo centrado nos adultos. O Estatuto reverte em parte esse quadro, mas deixa algumas lacunas. Embora essa lei se volte para o bem-estar da criança e para a importância da escuta dos seus desejos e necessidades nos casos de divórcio, ela é principalmente aplicada nos casos de direito privado e, nesses casos, o princípio da autonomia da família prevalece para determinar as decisões acerca da criança. Além disso, o estatuto apenas garante que a criança seja consultada, mais do que sua tomada de decisão. Isso também fica condicionado ao entendimento da Corte sobre a idade e capacidade de compreensão da criança. Dessa forma, incluindo o âmbito do direito público, a Corte acaba sendo o árbitro que decide sobre o melhor interesse da criança, enquanto voz desta termina por não ser devidamente escutada.

O que está emergindo, então, na legislação do divórcio, no entender desses autores (James; James, 1999), é uma nova ortodoxia do bem-estar da criança

que reflete alguns, mas não todos, os princípios do Estatuto da Criança: nomeadamente, que o contato continuado com ambos os pais biológicos deveria ser buscado como uma meta; que é o conflito entre os adultos o que causa mais danos às crianças; e que o melhor caminho para assegurar que o bem-estar das crianças está protegido é o empenho para promover harmonia e consenso entre os pais, mais do que deixar as decisões nas mãos da justiça. O que não está acontecendo, entretanto, é a abertura de oportunidades para que as crianças expressem, elas mesmas, os seus interesses.

Para os autores (James; James, 1999), o Estatuto levanta, então, algumas questões, particularmente em relação ao divórcio. O que constitui o bem-estar da criança? Que peso deveria ser dado aos desejos e sentimentos das crianças? As reivindicações e habilidades das mães e pais são consideradas como iguais? Qual o equilíbrio que deve ser dado entre as visões dos pais e seus filhos?

Em tais circunstâncias, o inevitável tem acontecido: quem tem o poder é quem tem tomado as decisões. Assim, sob tal lei, a despeito de uma retórica orientada para o interesse da criança, são os adultos – juízes, magistrados, pais e profissionais da saúde, mais do que as crianças, quem detêm o controle quando advém o divórcio ou separação, e as idéias de escolha, autonomia e diversidade da infância são subestimadas.

A análise proposta por James e James (1999) possibilita questionar alguns paradigmas presentes nas pesquisas e na literatura disponível a respeito das crianças e suas experiências relacionadas ao divórcio dos pais. Essa análise tem o mérito de estimular uma revisão acerca das concepções da infância, do que se chama de *melhor interesse da criança* e de até que ponto seus interesses e necessidades são efetivamente os que norteiam as decisões por ocasião de uma separação parental. Também abre a questão da importância e necessidade de desenvolver métodos para ouvir as crianças, alertando para os vários poderes que estão em jogo nessa escuta.

Sabe-se, através da prática clínica e jurídica, que a vida e a educação dos filhos, com freqüência, é o palco escolhido para a manutenção de antigos e novos conflitos por ocasião de uma separação conjugal: pensão alimentícia, disputas por guarda, regulamentação de visitas são alguns exemplos de expressões que esses conflitos poderão assumir. Além dessas, outras situações mais sutis também ocorrem quando os pais passam a tentar controlar a vida do ex-cônjuge através dos filhos, procuram fazer das crianças o porta-voz das suas mensagens e ataques recíprocos, ou ainda induzir os filhos a tomarem partido no conflito do casal.

A experiência e a literatura também mostram que a maneira como uma criança vivencia o divórcio dos seus pais, além do contexto em que ocorre, varia de acordo com a sua idade, gênero, nível de conflito parental, arranjo de cuidados alternativos, personalidade, experiências passadas, sistemas de apoio e competência cognitiva e social.

Dessa forma, torna-se claro que uma abordagem que se proponha a garantir efetivamente o *melhor interesse da criança* nas situações de transição familiar deverá necessariamente assumir uma perspectiva complexa, levando em conta os vários e multifacetados aspectos em jogo sempre. Não há regras e soluções

universais e aplicáveis em todas as situações. Tampouco o melhor interesse da criança será o mesmo em todos os casos, em todas as idades e, por vezes, numa mesma família para todas as crianças envolvidas.

No Brasil, observa-se que essa é uma questão que está ainda a desafiar os profissionais das áreas do Direito e da Psicologia. É necessário criar mecanismos e desenvolver as condições para uma escuta efetiva das necessidades das crianças e adolescentes, bem como para garantir que aquilo que é preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente deixe de ser mera retórica e se torne realidade.

Esse quadro pode ser ilustrado através de um processo de disputa pela regulamentação de visitas e pela guarda de três filhos de um casal acompanhado por dois programas de extensão universitária de uma universidade do sul do Brasil. A situação de litígio entre o casal parental repercutiu de maneira significativa em cada um dos três meninos, que aqui serão chamados de Júlio, Rafael e Rodrigo e que, no período em que foram avaliados, estavam com treze, oito e cinco anos, respectivamente. Foi possível constatar nos três um vínculo afetivo significativo tanto com o pai como com a mãe, e sofrimento psíquico resultante do conflito entre os pais. Os três meninos apresentavam sentimento de culpa pelo conflito dos pais, uma vez que este girava em torno da sua guarda. Apresentavam-se ainda divididos, cada um, entre o desejo de ficar com a mãe e com o pai.

A mesma vivência foi experimentada por Juliana, de quatro anos, e seus irmãos, de sete e nove anos de idade, também avaliados no mesmo Programa devido à disputa litigiosa de seus pais pela sua guarda. O conteúdo das sessões realizadas com esses menores usualmente demonstrava a sua angústia e incerteza em relação ao futuro, além da ambivalência e do desejo de estar com ambos os pais. Demonstrava também o seu sofrimento pela disputa dos genitores, como ilustra a cantiga que Juliana cantarolava em suas sessões: "...dois patinhos na lagoa / começaram a nadar / quando viram uma minhoca / começaram a puxar; / puxa pra lá, puxa pra cá / cuidado pra minhoca não arrebentar!!!"

Tais casos alertam, entre outras coisas, para a complexidade da escuta das crianças e adolescentes em processos dessa natureza, a qual não pode ficar reduzida exclusivamente à manifestação de com quem desejam viver. Desejam viver com o pai e com a mãe, e ter que fazer uma escolha suscita, muitas vezes, sentimentos de culpa e conflitos de lealdade.

Uma outra situação bastante freqüente diz respeito aos processos de regulamentação de visitas, nos quais o detentor da guarda, na maioria dos casos acompanhados, a mãe, impõe restrições ou requer o seu impedimento, sob alegações as mais variadas, desde acusações de maus-tratos, abusos, até colocações do tipo: "Meu filho não quer sair com o pai, ele se recusa", "ele volta mal, não faz bem para ele".

É bastante comum, nessas situações, principalmente naquelas que envolvem crianças pequenas, em idade pré-escolar, que as crianças se identifiquem com o genitor com quem vivem e assumam como sua a posição dele, sem discriminar claramente os seus sentimentos e desejos. Algumas dessas crianças que foram acompanhadas passaram a maior parte das suas vidas nesse contexto do litígio (por exemplo, um dos meninos acompanhados, aos cinco anos, vivia o litígio

pela regulamentação das visitas desde os seus dois anos, quando os pais se separaram).

Em todos os exemplos citados, as crianças foram submetidas a uma avaliação e/ou acompanhamento psicológico, no intuito de subsidiar o processo judicial. Tal procedimento, que vem sendo utilizado costumeiramente pelo Judiciário em processos cuja natureza assim o demanda, representa um avanço no sentido de trabalho integrado com outras áreas de conhecimento. No entanto, acredita-se que essa integração deva ser aprofundada e as formas de escuta da criança e do adolescente questionadas e reavaliadas quanto ao seu potencial para garantir uma voz verdadeiramente ativa para eles. É necessário atentar para o fato de que os valores, as ideologias e as representações de infância atravessam, não somente os pais, mas todos os profissionais envolvidos, incluindo os do Judiciário, da Psicologia, da área social etc.

Considera-se ainda importante sublinhar, como já foi destacado acima, as possibilidades que se abrem com a concessão da guarda conjunta ou compartilhada. Tal modalidade permite um arranjo do tipo "e", e não mais do tipo "ou", um arranjo que garante a inclusão, e não mais a exclusão de um dos genitores. Isso é benéfico no sentido de se contribuir para garantir para as crianças o contato continuado com ambos os pais, que se co-responsabilizam pela sua educação e cuidados, ainda que não constituam mais um par conjugal, permanecendo o casal parental. Sabe-se que um fator importante de ajustamento dos filhos após a separação é o contato continuado e qualitativo com ambos os pais.

Parece, portanto, que a guarda compartilhada ou conjunta oferece uma vantagem em relação à guarda unilateral ou à alternada, na medida em que, como acentua o deputado Tilden Santiago Tilden Santiago, autor do Projeto de Lei nº. 6350/2002, autor de Projeto de Lei que define essa modalidade de guarda, ela surge do desequilíbrio dos direitos parentais (acrescentar-se-ia aqui do direito dos filhos) e de uma cultura que desloca o centro do seu interesse sobre a criança, em uma sociedade de tendência igualitária.

Além disso, acredita-se que, mais importante do que a sentença ou decisão judicial em si, a forma como o arranjo dela decorrente acontecerá na prática, na vida e no dia-a-dia das crianças envolvidas é fundamental. A experiência nos mostra que o grau de comprometimento e a possibilidade de cumprimento de uma sentença resultante de uma disputa litigiosa diminuem, na medida em que os envolvidos menos se sentem participantes e responsáveis por ela. Dessa forma, o compromisso e o acompanhamento do Judiciário e demais áreas de conhecimento envolvidas não se encerram com a finalização do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões acima conduzem a que se saliente, inicialmente, os benefícios do afastamento da discussão sobre a culpa nos litígios conjugais, o que se constitui como mais um fator favorável à busca efetiva do *melhor interesse da criança*, trazendo-o para o primeiro plano no processo de transição, independentemente dos eventos que levaram à separação ou ao divórcio. Além disso, por tudo o que já foi discutido, acredita-se que fica clara a necessidade de se

reconhecer a centralidade e a qualidade das relações afetivas existentes entre os envolvidos em tais processos, como os grandes vetores a guiar a análise e as soluções buscadas.

É importante sublinhar os avanços alcançados na legislação brasileira, mas não se pode esquecer de que as mudanças na lei não garantem a concomitante mudança no imaginário social e na subjetividade das pessoas, embora reflita uma tendência significativa nesse sentido.

Sob essa ótica, acredita-se ser da maior relevância o trabalho interdisciplinar e a possibilidade de se assumir uma perspectiva transdisciplinar no estudo, na compreensão e nas intervenções em situações de transição familiar.

A busca do *melhor interesse da criança* também remete aos procedimentos de Mediação Familiar, como uma forma de encaminhar e encontrar soluções para as situações de conflito e litígio. Essa alternativa apresenta diversas vantagens em relação ao trâmite usual dos processos judiciais: possibilita uma grande economia de tempo, de recursos financeiros e sobretudo do desgaste emocional e relacional, que acompanha tais processos; favorece e promove a busca de soluções consensuais para os conflitos, evitando o desfecho que posiciona as partes como “ganhadora” ou “perdedora” da disputa, o que contribui para a continuidade dos conflitos e dos processos; desenvolve a autonomia e o protagonismo das pessoas envolvidas no conflito, auxiliando-as a construir os acordos, a escutarem e compreenderem a perspectiva do outro e, conseqüentemente, a se responsabilizarem e assumirem o que for acordado, comprometendo-se com o seu cumprimento; abre um espaço novo para a participação e a escuta das crianças e adolescentes envolvidos nos conflitos.

A perspectiva da criança como sujeito de direitos aponta para a necessidade de sua participação em todos os processos em que seus interesses estejam em discussão. No entanto, mais relevante do que discutir a idade adequada para a sua intervenção, é a preocupação com a forma como acontecerá a escuta e qual a importância de sua manifestação na decisão judicial.

Considera-se que, para assegurar o *melhor interesse da criança*, é necessário ser sensível à complexidade da escuta dos envolvidos nos procedimentos relacionados às situações de transição familiar. Escutá-los significa muito mais do que chamá-los para uma audiência ou para algumas entrevistas psicológicas e ouvi-los. Implica considerar todo o contexto da criança, todas as suas formas de manifestação (verbal, não-verbal, como interage, como se relaciona, como representa as figuras parentais e as mudanças e conflitos familiares, como se apóia ou não nas pessoas significativas no caso em questão) e todas as forças e pressões que podem estar atuando sobre ela, explícita ou implicitamente. Implica também considerar os valores, as ideologias, as crenças, as representações acerca de família, de infância, de separação, divórcio, dos profissionais envolvidos nos processos de transição familiar (juizes, advogados, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras etc.). Quanto mais se puder refletir sobre esses aspectos e se estiver consciente deles, menos se correrá o risco de que se sobreponham nas decisões e soluções que não de serem encontradas em cada caso.

Finalmente, é importante lembrar que a separação ou o divórcio pode ser uma saída para o conflito, para uma relação infeliz e frustrante, abrindo outras perspectivas e possibilitando o oferecimento de novos modelos de relação afetiva, inclusive para os filhos. É mister buscar as soluções e os arranjos que melhor correspondam às características, necessidades e possibilidades dos envolvidos. Em cada um, as respostas serão personalizadas e construídas de acordo com as situações específicas, devendo-se respeitar a singularidade dos sujeitos, especialmente das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.). **Pensando a família no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora da UFRRJ, 1987.

BARROS, F. O. Interdisciplinaridade: uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.) **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Sistema IBGE de Recuperação Automática - SIDRA**. 2001. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br>>. Acesso em: 20/03/2002.

BRASIL. 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre. Processo n. Porto Alegre:

BRASIL. 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre. Proc. n. 877431, j. 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 4ª C. Civ. Ag. n. 188.593-8/00. Rel. Hyparco Immesi, DJMG: 24 abr. 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª C. Civ. Ap. Civ. n. 597154970, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 01 abr. 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª C. Civ. Ap. Civ. n. 70005834916. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 02 abr. 2003a.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª C. Civ. Ap. Civ. n. 70.005969712. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 07 mai. 2003b.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7ª C. Civ. AgI. n. 7005.925.359. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28 mai. 2003c.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª C. Direito Privado. Ap. Civ. n. 111.294-4. Rel. Desª Zélia Martins Antunes Alves. j. 21 fev. 2000. In: **Revista de Direito de Família**, n. 6, p. 134.

CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. (Org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-313.

CARTER, B.; MCGOLDRICK, M. *et al.* **As mudanças no ciclo de vida familiar**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

COMISIÓN Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL. 1998, Naciones Unidas. Disponível em: <<http://www.eclac.org>>.

DIAS, M. B. Separação: culpa ou só desamor? In: JORNADA JURÍDICA NACIONAL E I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1998, Porto Alegre. **Anais...** COAD – Seleções Jurídicas, Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1998, n. 3, p. 41-3.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** – relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIGUEIRA, Sérvulo A. **Uma nova família?** Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

GORVEIN, Nilda Susana. Mediación para el divorcio: Hijos escuchados ou hijos ignorados?. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA. 10. **Anais...** Comision n. 2. El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas, 1998.

HETHERINGTON, E. M.; STANLEY-HAGAN, M. The adjustment of children with divorced parents: a risk and a resiliency perspective. **The Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines**, Cambridge: University, Press, v. 40, n. 1, 1999a.

_____. Should we stay together for the sake of the children? In: HETHERINGTON, E. M. (Ed.). **Coping with divorce, single parenting and remarriage**: a risk and resiliency perspective. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1999b.

JAMES, A. L.; JAMES, A. Pump up the volume: listening to children in separation and divorce. **Childhood**, London, v. 6, n. 2, p. 189-206, 1999.

LÔBO, P. L. N. Entidades Familiares: para além de numerus clausus. In: **Revista de Direito de Família do IBDFAM**, n. 12, 2002.

LEITE, E. O. Famílias monoparentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1997.

NOVAES, M. H. O "maior interesse" da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais: uma questão psicológica. In: PEREIRA, T. S. (Org.) **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, T. S. O "melhor interesse da criança". In: _____. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIMENTEL, S.; DI GIORGI, B.; PIOVESAN, F. **A figura/personagem mulher nos processos de família**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

RAMIRES, V. R. **O amor e suas vicissitudes**: as concepções de crianças e adolescentes. 2002. Tese – Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2002.

SOUZA, R. M. A criança na família em transformação: um pouco de reflexão, um convite à investigação. **Psicologia Revista**, São Paulo, v. 5, p. 33-52, 1997.

_____. As crianças e suas idéias sobre o divórcio. **Psicologia Revista**, São Paulo, v. 9, p. 103-20, dez. 1999.

_____. Família, minha família, a família do papai, uma família sem papai e outros desafios à compreensão infantil. **Psicologia Revista**, São Paulo, v. 6, p. 54-76, 1998.

VILLELA, J. B. **O direito de família no Senado**: emendas ao Projeto de Código Civil. Belo Horizonte: UFMG, 1985.