

4.

Família e judiciário

“Nossa hora, contudo, é a da desregulamentação. O princípio de realidade, hoje, tem de se defender no tribunal de justiça onde o princípio de prazer é o juiz que a está presidindo.” (Bauman, 1998:9)

Nos capítulos anteriores apontamos a transformação relacional da família a partir da Idade Média, quando o sentido de família deixou de ser fundamentado na manutenção da linhagem e no patrimônio e o afeto se tornou o elemento preponderante de união do grupo familiar, ao mesmo tempo em que a busca individual se voltou para a conquista de autonomia. Este processo culminou com o surgimento de uma pluralidade de modelos familiares e implicou na alteração das leis no sentido de incluir a nova realidade social. Neste capítulo, vamos observar o Judiciário se tornando o centro das transformações em curso da família, na medida em que nele desembocam todas as questões comportamentais controversas da contemporaneidade. Esse fenômeno se caracteriza por uma maior abrangência do poder do Estado na regulação do convívio familiar e vem sendo denominado de “judicialização das relações familiares”. Um aumento significativo da demanda em Varas de Família e o aparecimento de questões inéditas, ainda sem previsão legal, são algumas das consequências desse processo. Mas a presença mais marcante do Estado-juiz no universo familiar provoca ainda, um desdobramento subjetivo, na medida em que faz surgir uma nova dimensão na dinâmica parental, atravessada pela lei e mediada pelos profissionais da esfera judicial.

Discutiremos as demandas judiciais provenientes das relações familiares, focalizando as que decorrem da separação conjugal, mas não exclusivamente as ações de separação ou de divórcio, pois identificamos maior complexidade subjetiva nas demandas que eclodem após essa fase. São demandas que envolvem os filhos e o patrimônio familiar, denominadas de litígios familiares. Os litígios envolvendo relações de parentesco constituem demandas muito complexas, nas quais os membros da família se tornam adversários e expõem suas feridas num contexto público e pouco acolhedor. Optamos por uma análise multifacetada para incluir desde a implicação da dinâmica interpessoal conjugal nas disputas judiciais até os atravessamentos sócio-culturais nas representações dos lugares de esposa/esposo e de mãe/pai, que influenciados pela heterogeneidade da sociedade contemporânea vão implicar em graves conflitos

e solicitar a intervenção judiciária. E sobre esta intervenção, surge uma interrogação quanto às repercussões das práticas judiciárias na vida dos sujeitos durante e após a resolução judicial, podendo agravar a crise familiar ou transformá-la e provocar o restabelecimento das funções parentais. Ainda se mostra relevante discutir, a utilização da lógica adversarial para dirimir demandas familiares, enquanto uma prática dissonante com a nova lógica afetiva e democrática da família contemporânea. O reconhecimento dessa inadequação promoveu o aparecimento de modalidades de intervenções consensuais na família nas últimas décadas, sendo apontada a prática da mediação como a mais apropriada para a manutenção do vínculo parental.

4.1

O fenômeno da judicialização: das relações institucionais às relações familiares

O fenômeno de “judicialização” se insere no contexto de ampliação das competências do Poder Judiciário no processo de redemocratização da sociedade brasileira, que implicou numa crescente participação desta esfera na tomada de decisão sobre questões variadas, envolvendo desde temas políticos nacionais até os conflitos familiares. A judicialização é atribuída a um vácuo deixado pelos poderes Executivo e Legislativo, recebendo nestes casos, a denominação de “judicialização da política”, “da administração”, ou “das relações sociais”. No campo das relações familiares, o fenômeno é atribuído a uma lacuna deixada pelos pais no exercício da paternidade e da maternidade, sendo neste caso, designado de “judicialização das relações familiares” ou “dos conflitos familiares”.

Barroso (2008) se refere ao fenômeno como “judicialização da vida” e aponta que a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Este autor aponta que o fenômeno tem causas múltiplas, algumas decorrentes de uma tendência mundial e outras do modelo institucional brasileiro.

“O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.” (Barroso, 2008:1)

A preponderância do Judiciário sobre outras instâncias de poder, também é analisada por Sifuentes (2003) apontando o percurso histórico nessa “nova faceta do Estado, que prima pela judicialização dos seus conflitos e transforma o magistrado em uma estrela em ascensão, como o fora o legislador, no século XVIII, ou o administrador, nos séculos XIX e XX.” Garapon (2001) indica a existência de uma nova concepção de Estado nos países democráticos, na qual a justiça é compelida a se descentralizar. O autor identifica a prevalência da esfera do legislativo no século XIX em decorrência da nova ordem liberal; no século XX, sob a necessidade de prover direitos, foi a vez do executivo e o século XXI caminhará para ser a era da supremacia do Judiciário, cabendo ao juízes o papel de resguardar a democracia.

Facchini Neto (2007) observa que a nova sociedade pluralista é dinâmica e conflitual, assim como seus sistemas de valores. Dessa forma, a função judicial se torna mais complexa, na medida em que critérios seguros e inequívocos para a valoração do fato só podem se dar para sociedades estáticas e homogêneas, com traços de valores também estáveis e coerentes, o que não se aplica para às sociedades modernas. Este autor vai apontar que a saída encontrada pelos legisladores para a complexidade crescente do mundo, que solicita maior intervenção judicial em campos inéditos, foi estabelecer cláusulas gerais ou princípios genéricos, o que implica numa maior delegação de poder ao juiz.

Nogueira Junior (2007), respondendo a uma acusação de usurpação de poderes pelo Judiciário, aponta que essa visão é extremamente conservadora e se dissocia dos fenômenos históricos que marcaram profundamente as sociedades – as duas Grandes Guerras Mundiais, os regimes totalitários, nazista e fascista à frente, e a instituição das Cortes Constitucionais na Europa – ignora, também, a cada vez maior desimportância que os Parlamentos têm sofrido na vida cotidiana de todos os Estados Democráticos, com a solitária exceção dos EUA.” Este autor considera a judicialização “uma demonstração prática da legitimidade democrática dos juízes”.

No campo social a interferência do Judiciário se volta para a efetivação da cidadania com base na defesa dos direitos fundamentais e recebe a denominação de “judicialização das relações sociais”. Vianna (1999) analisa o fenômeno como decorrente do isolamento do cidadão diante da omissão dos principais “atores” da vida pública (Estado, partidos, escolas, religiões e família) que falham na busca de padrões éticos consistentes, levando a que no vazio moral se insiram delegados, promotores, juízes e ministros.

As questões referentes ao direito das minorias, como o respeito às escolhas individuais, destacam-se na vertente social da judicialização. Inserem-se neste contexto as demandas das entidades familiares compostas por cônjuges do mesmo sexo fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Os avanços no reconhecimento destas entidades decorre de decisões isoladas de alguns tribunais no Brasil, que vão abrindo precedentes, ou formando jurisprudência como nomeiam os juristas. Ao judiciário chegam pedidos de adoção de crianças por casais homoafetivos (na maioria das vezes na forma disfarçada de adoção monoparental), pedidos de inclusão de companheiro homoafetivo como dependente para efeito de pensão previdenciária ou em planos de saúde, pedidos de alteração de registro de nascimento de transexuais, dentre outras demandas, que geram intenso debate social e jurídico e impulsionam o Judiciário para um lugar de agenciador das transformações sociais e legitimador de identidades antes excluídas socialmente.

Dias (2010), jurista ícone na defesa do reconhecimento dos direitos homoafetivos, sustenta que as decisões judiciais tem um significado ainda maior, além do assecuramento de direitos: “Existe a tendência de aceitar o que o Poder Judiciário referenda como certo. Assim, no momento em que a justiça consolida o entendimento de ver as ditas relações [homoafetivas] como vínculos afetivos, certamente em muito contribuirá para amenizar a aversão à homossexualidade. Essa talvez seja a função – verdadeira missão – dos juízes: buscar de forma corajosa um resultado justo.” (Pág. 209). Nessa passagem, a autora tangencia o fenômeno da judicialização, atribuindo ao Judiciário a função de quebrar paradigmas e instituir novos conceitos.

Nesse sentido, se inserem também algumas demandas jurídicas originadas pela nova concepção de vínculo socioafetivo, como os pedidos de adoção por padrastos, pedidos de guarda e visitação impetrados por tios ou avós e até pedidos de indenização por abandono afetivo. Estas ações se sustentam no novo conceito de família, no qual o vínculo afetivo foi reconhecido como preponderante ao vínculo biológico.

No campo do direito da criança e do adolescente, a “judicialização” segue as diretrizes do ECA (Lei 8069/90), por meio do qual o Judiciário passou a disciplinar a conduta de pais e a proteger o direito dos filhos. A emissão de portarias normatizadoras de condutas e a aplicação de medidas contra pais em conflito com filhos, tornaram-se alvo de críticas ao Judiciário, apontando-se um policiamento da vida privada. No entanto, quando o tema envolve a punição de

pais envolvidos em maus-tratos aos filhos, a interferência estatal é cobrada pela sociedade e aplaudida quando efetivada. Por outro lado, ocorrem também iniciativas de famílias que buscam o Judiciário para resolver conflitos domésticos com filhos adolescentes, amparadas na obrigação estatal de protegê-los. Notícia veiculada na mídia delineia este fenômeno:

"Pais apelam a juízes para controlar filhos. Primeiro, eles procuraram as escolas. Depois, foram bater à porta dos psicólogos e psicanalistas. Agora, fracassadas todas as alternativas, pais aflitos se tornaram a mais nova clientela da Justiça. "Seu juiz, trouxe o meu filho aqui porque não sei mais o que fazer" é a frase ouvida com frequência nas salas de audiência. De situações triviais, como o horário de voltar para casa, ao drama da dependência química, as famílias depositam no juiz a última esperança para o conflito doméstico." (*Otávio e Tabak, O Globo, 2008*).

Cohen (2008) avalia que a figura do juiz tem valor semelhante à que era a do pai. Em outros tempos, a palavra do pai interditava a do filho. "Sua função está sendo substituída porque a lei de respeito dentro de casa está frouxa, não tem mais a força que tinha outrora". Fachin (2009) reconhece a dificuldade dos pais quanto ao senso de responsabilidade e de limite na sociedade contemporânea, mas enfatiza que o "juiz não pode e nem deve substituir os pais nas relações familiares." Garapon (2001) aponta que é atribuída à justiça a tutela das pessoas em estado de desorientação, um sintoma advindo da falta de determinação da sociedade moderna. "É por isso que os juízes se entendem tão bem com os terapeutas, com os quais trabalham cada vez mais frequentemente. (...) Encontramo-nos diante de um juiz, quando antes consultávamos nosso conselheiro de consciência". (Garapon, 2001:184)

Sifuentes (2003) correlaciona o fenômeno da judicialização familiar ao processo de transformação da família ao longo dos séculos. Uma mudança ocorrida na ordem dos livros que compõem o novo Código Civil é apontada pela autora como uma reveladora expressão da mudança de lugar ocupado pela família em nossa sociedade. No antigo código, o livro da família situava-se em primeiro lugar e no atual está em quarto, assim como, a família também não é mais o objetivo primeiro do homem contemporâneo.

"Representava, como uma seqüência, o ciclo da própria vida: o homem adquiria a maioridade, se casava, criava a família, adquiria propriedade, contraía obrigações, fazia contratos e, por fim, a morte o colhia e vinha o direito regular a distribuição dos seus bens entre os que ficavam. (...) [O novo Código] É como um retrato da modernidade: o homem adquire a maioridade, contrai obrigações, faz contratos, cria empresas, enriquece ou empobrece, adquire bens ou não, torna-se proprietário ou possuidor e, se der tempo, constitui família. A sucessão vem por último, mesmo porque a ciência genética não conseguiu, por enquanto, nos livrar da morte. Na próxima codificação, quem sabe..." (Sifuentes, 2003)

O declínio da importância da família é considerado por esta autora como a base do fenômeno de transferência da autoridade familiar para o Estado, que fez

gerar o fenômeno da “judicialização dos conflitos familiares”. Na nova legislação foi instituída uma prevalência da vontade do Estado sobre a autoridade paterna no domínio doméstico, levando o juiz para uma posição de árbitro dos conflitos familiares. “O papel que a sociedade patriarcal e rural do velho Código atribuía ao *pater familias*, a sociedade cibernética delega ao juiz, terceiro imparcial, representante de um Estado que vai se tornando cada vez mais um big brother.” A autora aponta que estas mudanças se inserem na linha pós-positivista, caracterizada por uma estrutura de codificação aberta e flexível, na qual o juiz passa a ser o elemento que dá possibilidade à judicialização dos conflitos. Sifuentes alerta para a grande responsabilidade que é colocada para os juízes: “Dos juízes se espera, no entanto, a sabedoria de deixar preservada a intimidade familiar, utilizando-se dos meios que levem ao seu fortalecimento e não à sua dissolução.”

A judicialização implica em consequências e Sifuentes (2003) delinea algumas possibilidades: “provável aumento do número de demandas, congestionamento do (já sufocado) aparelho judiciário, eternização dos litígios familiares, necessidade de mais juízes, mais funcionários, mais recursos, cidadão insatisfeito, Estado em descrédito.” A autora apresenta o exemplo de Portugal, que está fazendo o caminho inverso do Brasil, se afastando das questões chamadas de “jurisdição voluntária” para se concentrar na sua atribuição precípua: a solução dos conflitos, e sugere a mesma solução para o judiciário brasileiro.

Fachin (2009) refere-se a judicialização dos conflitos familiares como um “recíproco casamento entre a vida familiar e a presença do Estado por meio de Leis e sentenças”, e identifica alguns fatores que, a seu ver teriam gerado o fenômeno: o declínio da família tradicional, o fenômeno da adolescência tardia, a alteração dos conceitos e das funções de paternidade e maternidade, a inclusão das uniões estáveis e das famílias monoparentais como configurações legitimadas jurídica, social e economicamente e, por fim, a supremacia de alguns direitos individuais sobre o caráter privado da família, ressaltando o reconhecimento do direito das crianças.

Mas é Garapon (2001) que vai, a nosso ver, condensar o significado da judicialização: “A demanda dirigida à justiça talvez consista menos em se emancipar de uma sociedade tradicional, que praticamente não existe mais, do que numa vida em comum sem tradição” (pág. 174). O autor vai vincular o aumento desenfreado das demandas à falta de referenciais do sujeito contemporâneo, que vão impor ao Judiciário à função de autorizar o que antes

era mediado por outras instâncias. A função precípua da justiça em nossa era, passa a ser então, conferir uma identidade ao sujeito, tal como em outros tempos cabia à religião ou à tradição.

4.2

Litígios familiares: uma tensão entre os ideais de afeto e de autonomia

Nossa leitura sobre a judicialização dos conflitos familiares vai também vincular a grande demanda de litígios familiares ao processo de transformação da família, mas vamos focalizar a transformação relacional no campo da conjugalidade. Partindo da proposição de Singly (2007) de que ocorre uma tensão na conjugalidade entre “necessidade de laços de interdependência e a negação dessa necessidade”, decorrente da supervalorização do indivíduo autônomo nas sociedades contemporâneas, vamos tecer algumas considerações. Vislumbramos uma ambivalência entre os ideais da modernidade e os da contemporaneidade presentes no imaginário social, que se expressa tanto na elaboração das normas sociais como na administração das normas familiares. Por parte dos legisladores, se expressa no momento de elaboração das leis, como já exemplificamos anteriormente ao discutir o paradoxo da manutenção do instituto da culpa no novo Código Civil. Por parte do casal conjugal, entendemos que esta tensão entre referenciais conflitantes se expresse tanto na vivência da conjugalidade como na administração da parentalidade. Mas no momento da separação conjugal, se expressa com intensa força e alguns conflitos extrapolam o âmbito privado, impulsionados pela maior recepção do Estado em acolhê-los, e se transformam em dilaceradores litígios familiares.

A ruptura do pacto conjugal tornou-se aceita social e legalmente, mas ainda é vislumbrando um amor eterno que os parceiros estabelecem a união, seja um casamento legalmente constituído ou uma união estável. Mesmo que a separação já seja incluída como uma possibilidade, ela não faz parte do projeto conjugal e é experimentada como falência de ideais, repercutindo em sofrimentos.

O processo de transformação de nossos referenciais, não levou a que este evento deixasse de produzir forte impacto psíquico nos sujeitos e em todos que compõem o grupo familiar. Azevedo (2006) aponta que a perda da centralidade no modelo nuclear de família se deu “com tal velocidade que uma nova

moralidade, adequada para lidar com as consequências da ruptura de paradigma, demora a se constituir, e o preço desse descompasso é muito alto, em seqüelas individuais e sociais.”(Pág.26). Féres-Carneiro (2003) aponta que “os cônjuges se divorciam não porque desqualificam o casamento, mas porque o valorizam tanto que não aceitam que a relação conjugal não corresponda às suas expectativas” (pág. 368), e ressalta a dificuldade do lento processo de reconstrução da identidade após a separação.

O sujeito contemporâneo alcançou sua autonomia e felicidade pessoal rompendo com os elos de dependência (Singly, 2007), mas os processos de rupturas implicam num estado de fragilidade que pode vir a ameaçar a própria autonomia. Rompeu-se com os modelos tradicionais instituídos, mas a procura da auto-identidade ainda recai numa busca de validação pelo outro, o que atribui uma qualidade de dependência aos laços estabelecidos. Segundo Giddens (1993) os ideais do amor romântico, emergidos na modernidade permanecem em tensão com os ideais emancipatórios da atualidade. O ideal de amor romântico, “tendeu a libertar o vínculo conjugal de laços de parentesco mais amplos e proporcionou-lhe um significado especial” (Giddens, 1993:36), mas esse tipo de amor implica nas categorias de “para sempre” e “único” sustentadas por uma identificação projetiva que permite a sensação de totalidade com o outro. O amor romântico se choca com a busca de auto-identidade e de autonomia pessoal contemporâneas, qualidades só alcançadas pelo “amor confluyente”, uma qualidade de relação que implica em que as pessoas sejam psicologicamente discriminadas. Segundo Giddens (1993), o conflito entre estes dois tipos de amor, assume diversas formas, dentre elas a co-dependência, a compulsividade e a emoção destrutiva, componentes do “relacionamento fixado, aquele em que o próprio relacionamento é o objeto do vício”.

A nosso ver, a tensão entre os ideais de afeto e de autonomia toma maiores proporções no evento da separação conjugal, quando o casal se depara com os elos que ainda os manterão unidos, representados pelo patrimônio e pelos filhos. Durante o relacionamento amoroso, os projetos de constituir bens e procriar são gerados com uma prospecção de futuro conjunto, mas quando a relação se rompe, não se desfazem esses elos de dependência facilmente. O elo representado pelo patrimônio vem se tornando menos sólido, com normas que já incluem a possibilidade de ruptura desde o “contrato” de casamento. Os regimes de separação parcial ou total de bens e os contratos pré-nupcial e de convivência, foram mecanismos jurídicos gerados a partir da mudança na concepção do casamento. Mas quanto ao vínculo de filiação, este não se rompe

com a separação do casal e quanto mais novos forem os filhos, mais intensamente esse elo se expressa.

Recentes alterações legais sobre a divisão do poder familiar entre homens e mulheres e a inclusão do modelo de guarda compartilhada (Lei Federal nº 11.698/2008) surgiram em consonância com o novo paradigma relacional, baseado na igualdade entre homens e mulheres e na previsibilidade da separação conjugal, como evento do ciclo de vida familiar. No entanto, a operacionalização da parentalidade após a separação, se depara com entraves de ordem afetiva que vão impedir uma administração cooperativa nesta tarefa. São resquícios do amor conjugal, na qualidade de “amor romântico”, que vão provocar graves conflitos, extrapolar o âmbito privado e requerer a intervenção de um terceiro. E quando o Estado ingressa na vida familiar, a autonomia dos sujeitos sobre suas vidas é usurpada e ocorre um retorno à condição de dependência que assujeitava o homem na pré-modernidade.

Vemos então, que os próprios caminhos de libertação alcançados pelo homem na contemporaneidade, que tornaram os laços entre homens e mulheres mais fluidos, podem gerar sujeição, uma vez que a libertação primordial do homem deva recair na transformação da qualidade de seus vínculos relacionais. Giddens (1993) aponta que a idéia de autonomia não pode ser desenvolvida enquanto os direitos e as obrigações estejam ligados à tradição, e nesse sentido, define uma democratização da vida pessoal como condição para a liberação das antigas formas de relacionamento.

Singly (2007) faz uma crítica ao modelo de ‘relacionamento puro’ postulado por Giddens, assinalando que a segunda modernidade é caracterizada pela imposição de novas normas psicológicas do desenvolvimento pessoal, na qual “se o modelo da relação é realmente ‘puro’ de toda dependência interpessoal, ele permanece fortemente dependente, e assim ‘impuro’, das normas psicológicas”. (Pág. 180).

Concordando com Singly (2007), concluímos que a tensão entre os dois novos elementos preponderantes na família, afeto e autonomia pessoal, se expresse como tensão geradora de conflitos no evento da separação conjugal, tanto por parte dos sujeitos quando protagonizam seu desenlace, quanto por parte das leis que regulam a ruptura do casamento e implique numa atuação paradoxal. No interior da família ela se revela quando, movidos pelo princípio de autonomia, os casais se separam mais frequentemente, mas se deparam com elos afetivos ainda baseados na lógica da dependência e produzam os sofridos litígios familiares. Quando da elaboração das normas, ela se revela no momento

em que o legislador afirma que toda forma de união baseada no afeto merece ser protegida pelo Estado, no entanto, chama para si a autoridade de resolver quaisquer divergências, ignorando o princípio de autonomia do homem contemporâneo.

4.3

A conjugalidade em conflito e o envolvimento dos filhos no litígio

As demandas do Direito de Família versam sobre as relações de parentesco e o patrimônio familiar, num entrecruzamento de relações afetivas, bens, direitos e deveres, que dão origem a uma multiplicidade de pleitos jurídicos. Destas, apenas uma pequena parcela se desenvolve de forma consensual, com a finalidade de o Estado avalizar o que é de comum acordo entre os familiares, como o casamento, sua dissolução amigável ou a distribuição dos bens pós-separação ou pós-morte, sem divergências de interesses. Mas uma grande quantidade de ações já se inicia a partir de conflitos ou se torna conflitante durante o curso processual.

A dinâmica interpessoal conjugal em situação de intenso conflito vai encontrar nas disputas judiciais um meio para continuar subsistindo, gerando perplexidade no Judiciário por não conseguir encerrar com demandas jurídicas. Silveira (2006), baseada em sua experiência como Magistrada, sublinha a base psicológica das demandas que se originam da separação conjugal e vai nos oferecer um panorama dos tipos de litígios familiares que tramitam nas Varas de Família:

“Razões de ordem psicológica, emocional, afetiva alimentam, são a raiz de numerosas contendas judiciais entre as mesmas partes. Nas Varas de Família de todo o País, tramitam milhares de processos: separações/divórcios, ações de alimentos, majoração, redução, exoneração de alimentos, sistemas de visitação ao filho, guarda dos filhos, busca e apreensão de menores, arrolamento e partilha de bens, entre os principais.” (Pág. 340)

Ocorre que, no desenrolar destes processos vão se sobressaindo referências à conjugalidade conflituosa como base de argumentação entre os ex-cônjuges, denotando que a questão jurídica advém das questões não resolvidas durante o casamento. Barros (1997) pontua que a conjugalidade provoca o referencial normativo, mas este não comporta respostas que possam aplacar a demanda subjetiva imposta pela trama das relações. Os atos jurídicos vão permitir uma atualização do conflito original da conjugalidade, como se cada sujeito tentasse resgatar a identidade perdida, mas não por uma via reflexiva, e

sim por um caminho de ataque ao outro, como se ao vencê-lo na demanda jurídica, estivesse vencendo o seu próprio desamparo causado pela separação.

Shine (2002) acredita que a escolha em lidar com os conflitos por meio de um processo judicial revele “uma necessidade anterior de ataque e defesa que precisa, de certa forma, do reconhecimento público que é alcançado em um procedimento legal.” (Pág. 69). Temos então, nestes casos, que no desenrolar processual, cada um vai tentar provar sua versão e invalidar a do outro, numa atribuição mútua de culpas. “Cada parte procura provar a sua verdade, atribuindo ao outro a culpa pelo fim do sonho, pela perda do objeto amoroso. Busca cada um sua absolvição, desejando que o juiz proclame ser ele inocente” (Dias e Souza, 1999:176). Instala-se uma dinâmica que, muitas vezes, se perpetua por anos, num repetir sem fim, onde o judiciário parece se agregar à trama familiar, “emprestando” seu espaço físico em substituição ao espaço do lar conjugal.

Em trabalho anterior, já apontamos o mecanismo de perpetuação do vínculo conjugal por meio do litígio (Antunes, Magalhães e Féres-Carneiro, 2010). Anteriormente, outros autores já haviam pesquisado sobre o tema e sugerido o mesmo mecanismo (Vainer, 1999, Silveira, 2006 e Souza, 2006). Este entendimento é partilhado pelos atores jurídicos em geral, envolvendo juízes, defensores, promotores, psicólogos e assistentes sociais, como pretendemos ressaltar na discussão de nossa pesquisa.

A leitura que empreendemos sobre a manutenção da conjugalidade por meio do litígio referenciou-se no estudo da psicodinâmica da conjugalidade. Por meio deste referencial teórico identifica-se a formação de uma ligação ou um vínculo, instituído desde o momento da escolha amorosa. A eleição dos parceiros adviria da identificação de traços comuns, dando início à formação de uma instância subjetiva comum, produto da intersecção das subjetividades individuais. Magalhães & Féres-Carneiro (2003) nomeiam de ‘trama identificatória conjugal’ esse entrelaçamento dos “eus” que se processa na conjugalidade. As autoras sustentam que a saúde do vínculo conjugal depende do tipo de identificação objetal realizada entre os parceiros na constituição da conjugalidade. Esta poderia se dar pela introjeção, levando à possibilidade de assimilar e transformar o parceiro “num processo criativo, preservando e enaltecendo a alteridade”, ou poderia se dar por meio da incorporação, quando o componente alteritário seria desconsiderado e levaria a conjugalidade a um movimento de devorar-se ou aniquilar-se.

Vainer (1999) descreveu o mecanismo de manutenção do vínculo conjugal pelo litígio a partir de pesquisa qualitativa com casais em litígio nas Varas de Família da cidade de São Paulo. O autor identificou em cada par conjugal pesquisado, um jogo operado conjuntamente com a finalidade de manter o vínculo conjugal. Sua análise foi referenciada proposição de Willi (1975), o qual nomeia o jogo inconsciente entre os parceiros de “colusão”, caracterizado por uma atuação em papéis distintos e complementares durante a vivência conjugal. Vainer (1999) sustenta que quando o casal já não suporta mais manter a convivência conflituosa, mas não consegue interromper o jogo, o mantém via judiciário, encontrando neste sistema, a possibilidade de exprimir formalmente os ressentimentos cultivados ao longo da relação amorosa.

Souza (2006) também discorre sobre a manutenção do vínculo conjugal por meio do processo judicial, entendendo que seja motivado por um forte impulso para guerrear que atende a uma exigência interna. A autora aponta que durante as fases processuais, os interventores se surpreendem com a preferência dos litigantes em postergar as decisões. A nosso ver, a resistência às intervenções visaria afastar uma ameaça de interrupção do jogo da conjugalidade, como já sustentamos no trabalho anterior referido. O ímpeto de retaliação entre os ex-cônjuges estaria a serviço de prolongar o vínculo conjugal, representado agora, pela partilha, pela guarda dos filhos, pelas ações de alimentos, em suma, pela disputa judicial. Silveira (2006) discorre sobre uma sucessiva reiteração de processos, prática comum neste tipo de caso e possível graças aos mecanismos jurídicos, que fazem com que até depois de prolatada a sentença, o mesmo conflito retorne sob roupagem de nova demanda judicial.

A separação conflituosa é quase sempre atravessada por uma disputa de poder entre os ex-cônjuges e uma maneira comum de lidar com este desequilíbrio, é através do envolvimento dos filhos como “peso de balança”. Para o Judiciário, o envolvimento dos filhos no litígio, torna a intervenção mais delicada, demandando procedimentos mais demorados e que são mais propensos a emergências de conflitos no decorrer do trâmite processual. A maioria dos litígios familiares envolvendo ex-cônjuges são ajuizados com fundamento na proteção dos filhos, no entanto, ainda que a principal alegação recaia no bem estar destes, não se verifica uma postura protetiva e os próprios filhos acabam sendo os mais atingidos pela disputa judicial. Um genitor pode usar seu poder sobre o outro como “arma” na guerra contra o ex-parceiro. É comum encontrarmos situações nas quais o genitor que detém a guarda, frequentemente a mãe, passe a restringir, condicionar ou proibir as visitas em

razão do não pagamento da pensão alimentícia ou do pagamento de um valor insatisfatório. Por outro lado, o genitor que não detém a guarda, frequentemente o pai, pode suspender o pagamento da pensão em contrapartida às dificuldades impostas para conviver com os filhos. Nenhum deles parece perceber que os sentimentos decorrentes da relação conjugal não serão resolvidos por meio destas ações, e de fato, estas tendem a exacerbar os sentimentos negativos. E mesmo com a constatação do sofrimento do filho, dificilmente os ex-cônjuges aceitam soluções conciliatórias, pois atribuem toda a culpa ao outro, sem se implicarem no conflito.

Em alguns casos, são ajuizados pedidos de diminuição do tempo de visitas, de suspensão de pernoite ou até de inversão da guarda, justificados numa suposta aversão do filho ao pai ou à mãe. Estes casos normalmente são encaminhados para as equipes técnicas compostas por assistentes sociais e psicólogos que, durante suas entrevistas, percebem no discurso da criança um conteúdo atípico para seu universo. Suas argumentações são reproduções da queixa conjugal, denotando uma vinculação disfuncional entre pais e filhos. Em certas situações, a criança profere um discurso exageradamente crítico a um dos pais, chegando mesmo a hostilizá-lo injustificadamente, ficando evidenciada a influência de um genitor para alienar o outro do convívio com o filho. Tanto o genitor alienado quanto a criança experimentam grande sofrimento e, em alguns casos, ocorre a total ruptura do vínculo parental.

Este comportamento foi descrito por Gardner (2002) como “síndrome de alienação parental”, identificado principalmente na atuação feminina. O autor partiu da premissa de que a falta de convívio após o divórcio não seria um fator suficiente para explicar o desejo de afastamento do filho de um de seus genitores. Gardner classificou alguns casos como “divórcios destrutivos”, nos quais o progenitor que detinha a guarda manipulava de forma consciente ou inconsciente a criança, e concluiu que o sintoma da recusa aparente da criança expressava uma persuasão coerciva ou “lavagem cerebral” engendrada pelo genitor detentor da guarda, com o objetivo de obstruir o relacionamento com o outro progenitor.

No contexto destes litígios se sobressai uma outra prática com feições ainda mais graves e prejudiciais aos filhos. Não se contentando em apenas influenciar o filho a se distanciar do outro genitor, alguns litigantes denunciam falsos abusos sexuais ou falsos maus-tratos cometidos contra a criança (Guazzelli, 2007 e Amêndola, 2009). Por tratar-se de um ato criminoso e que causa repulsa na maioria das pessoas, os profissionais que recebem as

denúncias podem ser influenciados pelo discurso do informante e direcionarem suas escritas de forma a confirmar o ato, desencadeando, com isso um grave drama familiar. A suspensão imediata das visitas é, via de regra, a primeira providência tomada. As crianças expostas às falsas denúncias sofrem uma forma de abuso não menos grave que o abuso real. Dependendo de sua idade cronológica, de seu estágio desenvolvimental e de sua estrutura psíquica, ela pode desenvolver os mesmos sintomas decorrentes de um abuso real, isto porque a história que lhe é contada desencadeia uma experiência e, muitas vezes até, uma “falsa memória” (Stein, 2010) do fato que não ocorreu.

Algumas falsas denúncias são motivadas pela interpretação fantasiosa de algum fato, mas ocorrem falsas alegações intencionais, utilizadas como ‘armas’ na guerra protagonizada entre os ex-cônjuges nos tribunais. Esta prática se iniciou timidamente, mas por conter um aspecto de “monstruosidade”, demorou a ser reconhecida pelos atores jurídicos e chegou a ser incluída por advogados inescrupulosos como artimanha para vencer a demanda. Mas aos poucos a prática foi sendo revelada, e, na atualidade, se não caiu em desuso, pelo menos não conta mais com o respaldo de uma ingenuidade do judiciário.

4.4

Atravessamentos socioculturais nos litígios

A leitura empreendida por Gardner (1985), classificando como uma “síndrome” as artimanhas para tentar afastar um genitor do convívio parental, remete a uma conceituação médica, assemelhada a uma patologia psiquiátrica, o que, a nosso ver, atribui uma finalidade exclusivamente perversa ao fenômeno, afastando outros atravessamentos que podem estar na base desse comportamento. Valente (2007) descreveu este fenômeno por uma abordagem que o inscreve também no campo das complexas transformações sociais. Sua abordagem identifica no comportamento materno de exclusão do pai, uma expressão do assenhoramento histórico da mulher sobre os filhos. A autora sinaliza que o referencial de exclusividade da filiação ainda vigora em nossa sociedade, e como resultado “quando eles disputam a guarda e a visitação dos filhos, tendem a reproduzir as normas dominantes, cada um achando-se mais capaz que o outro para exercer, de modo exclusivo, a parentalidade” (Pág. 93). Por esse olhar, as disputas de guarda e os conflitos sobre visitação se inscreveriam como uma manifestação da disputa entre os gêneros.

Dias (2008) também correlaciona o fenômeno de alienação parental à transformação dos costumes. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em fins-de-semana alternados. No entanto, esta autora também articula as origens psicológicas deste comportamento materno: “muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge.”

Entendemos que ambos os aspectos, psicológicos e sócio-culturais, devem ser articulados numa perspectiva de complementaridade de conceitos, com a finalidade de uma melhor compreensão dos conflitos familiares que demandam solução jurídica. No entanto, a título de elucidação, a distinção de um e outro atravessamento se mostra como recurso auxiliar de análise. Com esta finalidade, apontaremos algumas divergências, assentadas em distintos padrões de moralidade, que se apresentam como base de sustentação de alguns litígios. São queixas, censuras ou acusações sobre práticas “imorais”, “permissivas” ou “negligentes” que aparecem na fundamentação de pedidos de inversão de guarda ou suspensão de visitas. A acusação de abandono materno se insere neste contexto e aparece com frequência. Quando os profissionais procedem à escuta da mãe e da criança, não constataam abandono, pelo contrário, a criança se mostra atendida em suas necessidades materiais e afetivas. Ocorre que, após a separação, a mãe se vinculou mais ao trabalho, ao estudo e ao lazer. A queixa de abandono referida pelo pai se vincula não só ao seu sofrimento pelo abandono conjugal, mas também a uma expectativa assentada em seu referencial de maternidade, que é ligado à casa e ao cuidado integral do filho.

Da mesma forma, também é comum mães se recusarem a deixar o filho pernoitar com o pai, argumentando que estes não são capazes de trocar fraldas, alimentar, dar banho, porque estas são tarefas femininas. Estas situações referem-se aos distintos referenciais de paternidade e maternidade dando suporte ao litígio, mas todas as práticas educativas são orientadas pelo referencial cultural familiar e podem gerar divergências. Na argumentação dos litigantes, surgem também desacordos quanto à orientação religiosa, à orientação pedagógica, ao tipo de cuidados médicos, ao grau de intimidade física entre pais e filhos, aos limites hierárquicos, enfim, a vários aspectos

educacionais, que em situação conflituosa, podem sustentar as acusações mútuas e transformarem-se em longos litígios judiciais.

Observa-se nestes casos, que são as heranças culturais que se expressam nas críticas ao comportamento do outro. A bagagem cultural de cada cônjuge pauta as expectativas de um sobre o outro e, durante o casamento, as diferenças são amenizadas pela relação amorosa, mas após a separação conjugal os ressentimentos mútuos amplificam o confronto. Rocha-Coutinho (2006) aponta que diferentemente do que ocorria com a família do passado, quando eram passados de geração em geração valores e padrões de comportamento mais ou menos estáveis, na família contemporânea coexistem e se misturam diferentes códigos e visões de mundo como reflexo da heterogeneidade que vigora na sociedade atual. A família do passado fornecia um modelo identitário único ao sujeito, ou pelo menos, um modelo estável. Na contemporaneidade, temos ausência de modelos fixos e imutáveis, que vão implicar em identidades múltiplas e frequentemente contraditórias. A autora pontua, que nossas “identidades são continuamente formadas e transformadas em relação a nossos ‘outros’, de acordo com as diferentes maneiras pelas quais somos representados nos sistemas culturais que nos rodeiam”. (Pág. 99).

A partir desta análise, indagamos sobre a repercussão de disputas tão ferrenhas sobre as crianças envolvidas. Como se formarão suas identidades se seus ‘outros’ significativos atacam mutuamente seus códigos de referência? Se o contexto heterogêneo da atualidade já se apresenta fragmentado e descontínuo, sobre quais referências se constroem crianças que não contam com uma mínima estabilidade assegurada por suas figuras parentais?

Giddens (1993) utiliza o conceito de “pais tóxicos” para definir um comportamento de pais que tratam seus filhos de um modo prejudicial ao senso de valor pessoal destes, para apontar algumas consequências para a criança:

“Um passado com pais tóxicos impede o indivíduo de desenvolver uma narrativa do eu, compreendida como um ‘relato biográfico’ em que ele se sente emocionalmente confortável. A falta de auto-estima, que normalmente assume a forma da vergonha inconsciente ou não-reconhecida, é uma consequência importante; mais básica ainda é incapacidade do indivíduo de se aproximar de outros adultos como sendo emocionalmente iguais.” (Giddens, 1993:122)

Este autor vai apontar a dissonância entre o comportamento dos pais tóxicos e a transformação emancipatória de homens e mulheres no relacionamento amoroso na contemporaneidade, que levaram a emergência do tipo de “amor confluyente”. Giddens (1993) sustenta que o relacionamento com os

filhos deva se pautar nos mesmos pressupostos éticos do relacionamento entre adultos.

Não é de interesse deste estudo aprofundar a análise dos possíveis desdobramentos psíquicos para uma criança que seja submetida a uma dinâmica familiar tão fragmentada e hostil, mas apenas apontar que podem decorrer sérias consequências, deixando um caminho de reflexão delineado.

4.5

Repercussões da intervenção judicial na família

A criança chega ao Judiciário como um sujeito alvo de disputa e o olhar que o Judiciário vai lhe dispensar pode apaziguar seus conflitos e lhe assegurar referências ou pode lhe trazer mais fragmentação. Dolto (2003) aponta: “O pai e a mãe não fazem mais do que ficar girando em torno de seus pretensos direitos, que se convertem no centro de sua obsessão.” (Pág.126). A autora assinala o lugar de assujeitamento a que o filho é colocado pelos pais quando passa a ser objeto de um processo litigioso e ressalta a necessidade de que a criança seja ouvida no procedimento judicial para que tenha conhecimento do que diz respeito à sua vida. No entanto, Dolto aponta a direção dessa escuta: “A criança deve sempre ser ouvida - o que, de modo algum implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pede”. (Pág. 134). A escuta da criança não deve ser vinculada à tomada de decisão, sendo advertido por Dolto (2003) sobre o risco para sua integridade psíquica, em atribuí-la o poder de decidir a disputa dos pais. Nesse sentido, Guimarães & Guimarães (2003) apontam que colocar uma criança na condição de decidir com quem deseja ficar, pode ser entendido como maus tratos, sejam os pais, os advogados ou o Judiciário que a coloquem nesta situação. Enfatizam que é possível ouvir os desejos das crianças, sem atribuir-lhes esta responsabilidade.

As inovações legislativas empreenderam um novo olhar sobre a criança e sobre a família em geral, levando o Judiciário a se preocupar com os efeitos do litígio sobre o desenvolvimento infantil, sendo o princípio do melhor interesse da criança norteador de muitas decisões em litígios familiares, e neste sentido, Dias (2008) considera que “graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio paterno-filial.” Esta valorização dos vínculos familiares

apontou para a necessidade de uma maior participação da criança durante os atos jurídicos.

No entanto, nem sempre os interventores conseguem lidar com a fala da criança de modo adequado. Para Dolto (2003) a maneira adequada de falar com uma criança está ligada a uma formação pessoal, “não forçosamente psicanalítica”. A autora acredita que pessoas que tiveram uma formação de vida no sentido de se tornarem autônomas, conseguirão conversar adequadamente com uma criança porque reconhecem que crianças são inteligentes. “O importante é que a criança possa ouvir palavras claras de alguém que não procure chegar ao nível delas, dourando as palavras.” (Pág. 133).

Referenciando-nos em nossa prática, distinguimos duas finalidades distintas para a fala da criança no contexto de um litígio familiar. A primeira seria com enfoque pericial, no qual seu relato instrui o processo e faz aparecer “a verdade” a respeito do direito pleiteado ou da acusação a ser averiguada, com a finalidade de direcionar a decisão judicial que será tomada. A segunda finalidade incluiria a fala da criança para lhe oferecer espaço de acolhimento, um território neutro no qual não seja obrigada a tomar partido, nem se sinta preocupada em magoar um dos pais. Por essa via, a criança pode se discriminar do conflito e libertar-se do lugar assujeitado a que foi colocada pelos pais, e o profissional pode apreender, por meio da narrativa da criança, um outro viés do conflito e direcionar sua intervenção para o melhor interesse desta e da família em geral. Essas diferentes escutas não estão vinculadas necessariamente à especialidade profissional, nem ao tipo de procedimento realizado.

Comparemos a atuação do juiz com a do psicólogo: o juiz pode ouvir a criança em seu gabinete direcionado a descobrir a verdade dos fatos ou pode escutar suas necessidades e acolher seus sentimentos. Também o psicólogo pode direcionar sua escuta para uma ou para outra finalidade. É bem verdade que o psicólogo tem uma formação voltada para a segunda finalidade de escuta e o juiz, ao contrário, para a primeira. Mas a função pericial que é determinada ao psicólogo na instituição pode engessar sua capacidade de escuta e fazê-lo reproduzir a lógica judiciária de obtenção de uma única verdade (por exemplo: qual dos dois genitores seria mais adequado para assumir a guarda unilateral). E por outro lado, vemos um movimento crescente de juízes incluindo referenciais psicanalíticos em seu discurso, questionando as próprias práticas jurídicas e se abrindo para soluções mais comprometidas com resultados que atendam às necessidades não só materiais dos jurisdicionados.

Da mesma forma que desvinculamos a qualidade da escuta da categoria profissional, também sugerimos desvinculá-la do tipo de procedimento judicial no qual essa escuta está inserida. A criança pode ser ouvida em uma intervenção pericial, em uma audiência de instrução e julgamento ou em uma visita domiciliar, e ser acolhida de uma ou outra forma, como objeto de estudo e fonte de informação ou como sujeito. Entendemos que a utilização do discurso da criança pelo Judiciário não se torne mais ou menos danosa pela especialidade profissional ou pelo procedimento, mas sim pela intenção que direciona a intervenção.

Além das intervenções com as crianças, ocorrem vários outros procedimentos, quer sejam por meio de contato direto com os sujeitos ou através de documentos produzidos, que repercutem intimamente nos sujeitos e vão direcionar a relação familiar. Podemos dizer que o Judiciário passe a ditar o “tom da conversa” a partir de sua tutela. E o modelo ditado é o adversarial, fundamentado numa relação de opostos.

A cultura da instituição jurídica se fundamenta na perquirição de um culpado pelo conflito e seus procedimentos se direcionam mais à punição do que a transformação. Os mecanismos judiciais são baseados numa visão de conflito do tipo ganha-perde - para que um ganhe é necessário que outro perca - e essa lógica favorece o incremento de disputas. Bernart et al (2002) apontam que a atitude mutuamente acusatória dos ex-cônjuges durante os procedimentos são um reflexo do mecanismo judicial, na medida em que a própria estrutura processual é baseada no princípio do contraditório. Essa estrutura também incentiva as estratégias utilizadas pelos advogados para vencer o “jogo”, da mesma forma que influencia as redes familiares dos ex-cônjuges a se polarizarem em torno da disputa, contribuindo para incrementar ainda mais para o conflito.

Koerner (2002) pontua que muitas vezes as pessoas buscam uma solução rápida, pois estão fragilizadas e necessitam de uma intervenção externa para estabelecer regras, sem ter plena consciência das consequências da intervenção judicial na vida familiar. Em nossa experiência com famílias em litígio, identificamos algumas situações nas quais há uma disposição inicial em negociar, mas a instrução do processo fomenta o conflito na medida em que são solicitadas contestações e produções de provas. Os sucessivos documentos produzidos passam a ser a representação da família no judiciário: “uma família em litígio”, e os membros da família vão passar a se comportar como tal, afastando totalmente a abertura inicial para negociar. Koerner (2002) enfatiza

que o Judiciário lida com as questões familiares com sua abordagem “adversarial, normativista e individualista”, que é inadequada para a resolução de conflitos da relação familiar.

“Trata-se de conflitos que envolvem pessoas que convivem no mesmo espaço social, que não são litigantes habituais; cujas relações são intensas, contínuas, multidimensionais e, por isso, pouco formalizáveis em termos de obrigações jurídicas; cujo objetivo tem uma grande carga de afetividade, que não são mensuráveis nem divisíveis; cujas relações mobilizam padrões normativos de conduta diferentes dos supostos pelo sistema legal e o senso comum dos juristas.” (Koerner, 2002:45)

Este autor aponta que a participação de especialistas no procedimento judicial fica limitada a uma função auxiliar, pericial, direcionando-se a responder questões formuladas pelo juiz. Essa intervenção se destina a produzir verdades, uma concepção dissonante para os profissionais de ciências humanas e saúde mental. Este autor também sinaliza que o momento da intervenção dos especialistas, depois de instalado o litígio, não favorece a transformação do conflito e restringe a atuação profissional. O profissional fica atado a responder “na forma, no tempo e segundo os objetivos do litígio” (pág. 44), refletindo-se numa intervenção sem legitimidade para interromper o litígio.

A pressão do tempo para a resposta judicial se revela como mais uma problemática na intervenção, na medida em que há uma exigência de celeridade na prestação jurisdicional. No capítulo 5 vamos nos deter a este viés da intervenção jurídica ao falarmos das novas metodologias consensuais, surgidas como resposta às críticas de morosidade judicial.

Os vieses destacados sobre a intervenção judiciária na família nos levam a reconhecer que a relação família-Judiciário faz surgir uma nova dimensão na dinâmica parental, atravessada pela lei e mediada pelos profissionais da esfera judicial, assim como sinalizamos no início deste capítulo. Este novo campo intersubjetivo pode se desenvolver de forma conflitiva, assim como a relação litigiosa entre os ex-cônjuges, ou pode adquirir uma qualidade transformadora. Dependendo do olhar que o judiciário direcione ao conflito, à família e a cada sujeito imerso no litígio, a intervenção judicial pode produzir efeitos menos danosos e até promover uma melhora na qualidade dos vínculos parentais. Incluímos como sujeitos imersos no litígio, também os atores jurídicos, o que implica na necessidade de um olhar reflexivo sobre sua atuação.

4.6

O litígio como possibilidade transformadora

Alguns dispositivos legais também podem tanto barrar as estratégias de impulsos de vingança entre os ex-cônjuges, quanto monitorar e transformar suas ações. Nesse sentido, autores das áreas psicossocial e do direito debatem e algumas vezes polarizam, entre a viabilidade de aplicação de medidas.

Dias (2008) sinaliza a necessidade do Judiciário intervir em situações de alienação parental e falsos abusos com medidas que responsabilizem o genitor pelo ato, sendo uma delas a possibilidade de inversão da guarda. “Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.”

Outros autores sugerem que o olhar interdisciplinar pode possibilitar uma intervenção transformadora, na medida em que a inclusão de uma abordagem subjetiva na análise das demandas jurídicas se some ao aspecto objetivo do direito. Nesse sentido, Guimarães & Guimarães (2003) enxergam a possibilidade da disputa de guarda representar uma obturação de faltas e perdas e reorganizar o caos das relações familiares, desde que resguardadas questões éticas fundamentais na intervenção. As autoras apontam a função do Judiciário em garantir para a criança a preservação de seus “vínculos estruturantes no intuito de assegurar um desenvolvimento psíquico dentro das melhores condições possíveis”.

Alguns autores consideram que a guarda compartilhada, instituída pela Lei 11.698/08, como já apontada no contexto das inovações legislativas, seja um caminho para inibir a alienação parental. Barreiro (2010) sustenta esta possibilidade, entendendo que a guarda compartilhada evitaria “a condenação da criança ou adolescente inocente à pena de afastamento de um de seus pais, que somente os visitará, não podendo repartir as alegrias, as vitórias, as derrotas e as vivências simples do cotidiano de um ser humano em fase de extrema descoberta e auto-conhecimento, quando estabelecida uma guarda unilateral.” A autora entende que mesmo em casos de litígio, essa modalidade de guarda possa ser aplicada, incluindo-se um acompanhamento do judiciário por meio de equipe multidisciplinar. Barreiro (2010) acrescenta ainda, que a falta de consenso entre os adultos litigantes não seria um fator determinante para o insucesso da guarda compartilhada “pois estes fatores influenciariam, da mesma forma, na aplicação da guarda monoparental.”

Defendendo também a aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio familiar, Groeninga (2009) não só acha que é possível a sua aplicação, como também considera que a fixação da guarda unilateral em casos em que

seja verificada a prática de alienação parental, seja prejudicial ao sadio desenvolvimento da criança. A autora aponta: “a criança ou adolescente poderá sofrer verdadeiro conflito de lealdade em relação ao pai/mãe guardião e ao pai/mãe visitante, temendo o abandono do primeiro, em detrimento do segundo, caso estabeleça alguma espécie de vínculo com o visitante, então alienado.” Esta autora entende que o princípio do melhor interesse da criança deve se sobrepor aos impasses relativos ao exercício do poder familiar pós-separação.

Brito (2004) aponta que a sociedade deve estar atenta para que a paternidade não seja menosprezada no desenvolvimento da criança e se remete a pesquisas que apontam que o afastamento dos pais estaria ligado a um sentimento de não-reconhecimento de seu papel. A autora se mostra favorável à guarda compartilhada mesmo em situação de litígio, mas ressalva que sentenças não podem transformar pais litigantes em pais cooperativos e que, para garantir o exercício da paternidade, é necessário o apoio do tripé legal, social e familiar.

Para apontar nosso posicionamento sobre a guarda compartilhada, vamos relatar um caso de intervenção, como psicóloga perita, ocorrido anteriormente à oficialização desse instituto. No caso referido, identificamos uma situação de alienação parental se instalando (a criança tinha apenas dois anos de idade). A mãe nutria forte ressentimento pelo abandono conjugal e justificava os impedimentos colocados para a convivência paterna, numa suposta irresponsabilidade do pai no cuidado com o filho. Baseando-se nesta premissa, de incapacidade paterna, ela suspendia a visitação ao menor sinal de resfriado da criança. No cotidiano, ela afastava o pai de todos os lugares representativos do poder familiar: idas a médico, reuniões na creche da criança, etc... Depois de algumas tentativas frustradas de mediar negociações e ponderar com a mãe a importância do pai para o filho, entendemos que só a força da lei poderia barrar o seu assenhoreamento da criança. Sugerimos a determinação desta modalidade de guarda, mesmo a revelia da mãe. Defendíamos que com o respaldo da lei, o pai poderia se inserir nos ambientes vetados pela mãe e se configurar como referência para a criança. O parecer da assistente social foi contrário ao nosso, justificando que o conflito poderia ser agravado. A juíza concordou com nossa posição e a guarda compartilhada foi instituída. Realizamos um acompanhamento da família por mais alguns meses e, de fato, a mãe provocou outras situações de conflito, mas o vínculo da criança com o pai se tornou mais sólido e afetivo. Não tivemos mais notícia dessa família, mas acreditamos que conflitos secundários possam ter se instalado, como se instalariam, com ou sem

determinação da guarda compartilhada. Entendemos que o grande diferencial possibilitado pela determinação judicial da guarda conjunta, no caso relatado, foi o reforço da lei à palavra paterna: durante os atendimentos posteriores o pai passou a se sentir autorizado a ocupar seu papel e isto teve reflexos em sua relação com a criança.

Motta (2000) ressalta que mais importante que o estabelecimento da modalidade de guarda, está a necessidade dos pais distinguirem “seus possíveis conflitos decorrentes da conjugalidade, da necessidade de exercer bem e adequadamente a parentalidade.” Neste sentido, a autora destaca o importante papel de juízes, advogados, assistentes sociais e psicólogos em informar sobre as vantagens, desvantagens e dificuldades trazidos pelo exercício da guarda. Motta também considera muito relevante uma intervenção dos operadores do direito, no sentido de incitar os pais a valorizarem-se e a apoiarem-se mutuamente. O posicionamento desta autora nos remete a uma qualidade pedagógica da intervenção judiciária, se inserindo como mais um recurso no caminho transformador.

Pereira (2003) aborda a perspectiva transformadora da intervenção judicial, atribuindo ao rito judicial um status de ritual de passagem, na sua função de outorgar um outro estatuto ao sujeito.

“Podemos dizer então, que o processo judicial é um ritual, sob o comando de um juiz, que ocupa a importante função de representante da lei e simbolicamente também de ‘um pai’, que vem, principalmente, fazer um corte, pôr fim (sentença) a uma demanda, amigável ou litigiosa, instalando uma nova fase na vida das pessoas.” (Pereira, 2003:362)

O autor aponta que os rituais nos ajudam a representar as diversas passagens de um estado a outro no curso da vida e nos introduzem numa nova fase, como os rituais de batizado, casamento e velório. Nesta perspectiva, o autor sinaliza que “um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem de nossa vida é o da separação conjugal”, e, nesse sentido, o rito judicial poderia ajudar os sujeitos a elaborarem o luto e saírem da posição de sofrimento, libertando-se em direção à busca da felicidade.

O momento de litígio familiar, representativo de fim, pode conceber também um re-começo, inscrever os sujeitos em outro ciclo de sua história e produzir uma marca que dê outra representatividade ao vínculo conjugal, repercutindo na reestruturação da dinâmica familiar. Os ex-casais podem utilizar o reconhecimento da lei para alcançarem o indispensável “divórcio emocional”, para o qual “é necessário reaver do casamento o senso de eu e os objetivos

peçoais de vida, e reinvestir essas expectativas no próprio eu” (Carter & McGoldrick, 1995:324).

No entanto, uma re-significação não se opera quando afetos são represados e direcionados para disputa. Para que o Judiciário se inscreva no litígio de forma a barrar a continuidade de um jogo inconsciente e ainda dar possibilidade de transformação aos vínculos parentais, é necessário não só que os sujeitos que recorrem à lei tenham uma postura amadurecida frente aos seus conflitos internos e desejem romper um vínculo disfuncional, mas o próprio judiciário necessita “amadurecer” e ampliar a leitura do litígio para que os atos processuais não sirvam de veículos de mais estilhaçamento das relações familiares. O judiciário precisa acrescentar outras ferramentas e não imprimir sua lógica adversarial na intervenção familiar.

Já há um reconhecimento no meio jurídico de que os aspectos psicológicos formam a base de sustentação dos conflitos familiares, mas os atores jurídicos ainda não direcionam de forma adequada essa constatação. Surgem desse reconhecimento encaminhamentos para terapia de família (alguns com caráter de medida judicial), em instituições externas, mas estes procedimentos ficam dissonantes com a continuidade do litígio judicial e na maioria das vezes são interrompidos antes de produzirem os primeiros efeitos. A família não tem consciência de sua dinâmica interpessoal, nem escolheu a via de tratamento para resolução de seu conflito, ela elegeu o Judiciário porque precisa de uma intervenção da lei no seu sentido simbólico, assim como apontado por Pereira (2003), e o Judiciário não pode ignorar esta demanda, nem absorvê-la na forma como se apresenta, ou seja, com uma configuração litigiosa.

Entendemos que mesmo depois de instalado o litígio possa ocorrer uma transformação nas pré-disposições agressivas das partes, na medida em que o Judiciário desenvolva uma postura voltada para a pacificação e não para o incremento do conflito. Nesse sentido, a inclusão de mecanismos de resoluções alternativas de conflito, como a conciliação e a mediação, são ferramentas que podem transformar a lógica adversarial em modelos mais colaborativos de resolução de disputas. Essas práticas deslocam os litigantes de uma posição passiva frente a um terceiro com maior poder de decisão sobre suas vidas e os leva a ter uma postura ativa e responsável sobre a resolução de seus problemas, da mesma forma que também os incentiva a tomar decisões conjuntas.