

Igualdade e Reconhecimento no campo do direito de família brasileiro: um estudo sobre as demandas judiciais de guarda de crianças

Fabiane Simioni (Doutoranda em Direito / UFRGS)

Resumo

Este trabalho parte do pressuposto de que na circunstância da dissolução da união conjugal, os pais continuam com seus direitos e deveres junto aos filhos. Alguns autores apontam como uma possibilidade de reorganização diante desse fato a atribuição da guarda compartilhada. A noção de guarda compartilhada teria surgido das considerações sobre o desequilíbrio dos direitos parentais - a preferência reconhecida à maternidade em detrimento da paternidade - e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança. Até o ano de 1999 não havia qualquer decisão disponível no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre essa matéria (Simioni, 2007). Em situações em que a ausência ou o fim da relação conjugal exige uma decisão para a determinação da guarda dos filhos, a intervenção judicial surge para atribuir seu exercício unilateral, ou compartilhado, nos termos da Lei 11.968, de 13 de junho de 2008. Os procedimentos jurídicos junto às entidades familiares, de uma maneira geral, reproduzem o cenário de desigualdades e de disputa de poder entre homens e mulheres. Mais recentemente, verificamos (Simioni, 2009) o ingresso massivo de recursos processuais dos homens requerendo a guarda exclusiva ou compartilhada dos filhos. Todavia, a mudança nas representações e práticas das funções parentais, realizada nas últimas décadas, parece não ter tido o mesmo efeito na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Introdução

Na sociedade contemporânea ocidental, a família é percebida como o último bastião do pensamento essencialista, a mais 'natural' das instituições, o núcleo organizador a partir do qual irão estruturar-se e serão transmitidos os valores culturais mais importantes para a formação de uma sociedade bem-ordenada. Essa naturalidade remete, como conseqüência, à idéia de universalidade. Entretanto, a definição de família, assim como a sua universalidade, não é um consenso entre os estudiosos do tema. A instituição social chamada 'família' é encontrada em praticamente todas as sociedades, mas sua configuração é tão variada que a sua universalidade está condicionada à forma como é definida (Zambrano, 2006). Este ensaio propõe uma reflexão sobre o campo das disputas judiciais de guarda dos filhos, a partir dos influxos dos estudos de gênero¹ e das categorias de igualdade e de reconhecimento². Isto porque tais categorias nos orientam para a compreensão dos contextos normativo e performativo das representações sobre família, parentalidade e parentesco dos sujeitos envolvidos nos procedimentos de disputas judiciais de guarda de crianças: juízes, promotores de justiça, advogados e usuários do sistema de justiça³.

¹ Os estudos de gênero surgiram a partir da década de 70, sobretudo no campo das Ciências Sociais, para problematizar os diferentes valores culturais que são dados às mulheres e aos homens. Estes valores definem os comportamentos e as expectativas sobre como deve ser a mulher e como deve ser o homem na nossa sociedade. De acordo com Warat (1997:59), quando se fala em gênero, a referência que se faz é sobre as implicações que o exercício do poder tem sobre as subjetividades masculina e feminina. Entretanto, como adverte Scott (1990), este termo não se refere apenas às idéias, mas também às instituições, às estruturas, às práticas cotidianas, aos rituais e a tudo que constitui as relações sociais.

² De acordo com Scott (2005: 15), a igualdade é um paradoxo. Trata-se de um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente. Não é a ausência ou a eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração.

³ Entendemos por contexto normativo, no campo do direito, o conjunto de instrumentos legais, atos legislativos e decisões judiciais, produzido nas tensões entre diferentes argumentos e forças políticas. O contexto performativo, para os fins desse

Na contemporaneidade, os chamados ‘novos homens’⁴ apresentaram outros argumentos para a compreensão da noção de parentalidade, a partir da afirmação da igualdade de direitos com as mulheres e da reivindicação do reconhecimento de uma outra forma de relacionamento com os próprios filhos. Entretanto, tais reivindicações apontam para uma estratégia ambivalente de reorganização da parentalidade: observamos uma atualização do repertório de questões e de disputas nas relações de gênero quando confrontamos os atores com suas práticas e com sua performatividade discursiva dirigida para o campo jurídico.

A metodologia de pesquisa empregada priorizou uma revisão bibliográfica interdisciplinar dos marcos conceituais de família, parentesco e parentalidade. Estes marcos pertencem tanto aos referenciais teóricos do Direito de Família, como também dos estudos de parentesco. A pesquisa empírica foi realizada através de coleta de decisões judiciais, no *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)⁵, com julgados do ano de 2000 até 2007. Trata-se de uma amostra do perfil das reivindicações postuladas pelos homens e do acolhimento ou não de seus argumentos, em processos judiciais anteriores à vigência da Lei 11.698/2008⁶.

2. Famílias, parentescos e parentalidades

A estrutura de parentesco presente no sistema jurídico romano-germânico trabalha com a presunção de paternidade pelo nascimento do filho na constância do casamento ou da união do presumido pai com a mãe da criança (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). A maternidade, por outro lado, é sempre dada como certa a partir do fato biológico da gestação e do parto (*partus sequitur ventrum*). A representação ocidental sobre família e parentesco, operada por diferentes saberes disciplinares, está apoiada nos conceitos de laços sanguíneos e, mais recentemente, genéticos⁷.

ensaio, se refere aos discursos, aos argumentos, às interações e às representações veiculadas pelos atores envolvidos em uma disputa judicial. Nesse caso, não há qualquer linearidade ou justaposição entre as diferentes formas de produção da tal ‘performatividade jurídica’. O sujeito é o autor, ao mesmo tempo em que repete o estado de coisas que produziu sua atuação.

⁴ Para os fins exploratórios desse estudo, utilizamos a expressão ‘novos homens’ para referir um conjunto de sujeitos que alteraram alguns dos padrões de comportamento e de identidade hegemônica masculina. São homens que incorporaram em seu dia-a-dia práticas até então consideradas femininas, tais como: consumo de produtos de beleza pessoal, roupas e equipamentos de lazer; acompanhamento das atividades escolares dos filhos menores, demonstração de emotividade ou sensibilidades, entre outras. Segundo Nolasco (1993: 17), os homens estariam agindo dessa forma porque teriam sido premiados através de uma ‘autorização social’. Através dessa ‘autorização social’ geradora de reconhecimento e valorização, os homens passaram a experimentar situações cotidianas e sensações que até então lhes eram interdidas. Assim, os homens interessados em repensar sua forma de adesão à vida começaram a avaliar o “preço que pagam” para manter uma representação da masculinidade calcada na demonstração de poder e dureza, e se perguntam se valeria a pena sustentá-la.

⁵ A eleição pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se justifica por sua reconhecida posição de vanguarda em algumas matérias como adoção por casais de mesmo sexo; reconhecimento de direitos patrimoniais em conjugalidades homossexuais, alteração de nome e de sexo para transexuais, guarda compartilhada, alienação parental, entre outros. Neste trabalho, a pesquisa jurisprudencial encontrou 64 (sessenta e quatro) ocorrências para a expressão ‘guarda compartilhada’. Desse total, foram selecionados e analisados, por apresentarem julgados de mérito: 25 Agravos de Instrumento; 10 Apelações Cíveis; 2 Agravos Internos e 1 *Habeas Corpus*, totalizando 38 (trinta e oito) acórdãos. Os acórdãos desprezados para essa análise diziam respeito tão somente a aspectos de direito processual.

⁶ A Lei 11.698/2008 traz uma inovação no procedimento judicial de atribuição da guarda dos filhos. A partir dessa legislação, um juiz poderá determinar a guarda compartilhada ainda que os pais não a tenham demandado e não haja consenso entre as partes.

⁷ O parentesco por afinidade genética tem sido estudado no contexto da biomedicina por alguns autores como GIBBON (2004); FRANKLIN; MCKINNON (2001); GIBBON; NOVAS (2008). Nesses autores, os estudos etnográficos desenvolvidos demonstram que as relações de parentesco por eleição se articulam com as representações mais tradicionais de parentesco consanguíneo. É o que leva, por exemplo, pessoas portadoras de uma determinada característica genética (por exemplo: nanismo, síndrome de Marfan, síndrome de Down, acondroplasia, entre outros) sentirem-se mais conectadas aos seus pares, outros sujeitos portadores da mesma característica ou síndrome, do que aos parentes de sangue. Poderia se

Alguns campos disciplinares como o direito, a medicina, a psiquiatria, para citar algumas, constroem diferentes metáforas ou narrativas para compreender e explicitar a idéia de família, revelando uma fluidez e um trânsito nesta noção. Entretanto, nenhum desses saberes ousam negar peremptoriamente a institucionalidade da família para a constituição dos sujeitos e das sociedades.

A compreensão das relações de parentesco, tal qual o ordenamento jurídico brasileiro faz, merece uma revisão, como já apontado na teoria antropológica de parentesco, com Schneider (1984) e Carsten (2000). Esses autores contribuem para uma compreensão das relações de parentesco para além de um domínio analítico e uma categoria autônoma, pretensamente universal e objeto de comparação transcultural (Rivas (2009: 10). O parentesco, assim, se trata de uma singularidade cultural em um determinado contexto social. O parentesco, a partir das construções dos estudos culturais sobre gênero, saúde, pessoa e corpo, transformou-se em um objeto muitos mais dinâmico e multifacetado do que se supunha até então. Esta transformação se deve a incorporação das ideias de processo social frente a estrutura, do indivíduo como agente ativo com capacidade de iniciativa frente a concepção do indivíduos como simples sujeitos passivos das estruturas.

É preciso reconhecer que as representações legais de parentesco e família convivem com diferentes práticas sociais de reconfiguração familiar, como mono e pluriparentalidades, co-parentalidades, casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo, circulação de crianças, entre outras. Os elementos caracterizadores da normatização do conceito de família se relacionariam a uma idéia de natureza – a procriação como algo dado pela natureza, revelado na própria condição humana. O argumento fundante do conceito de família ancora-se, portanto, em uma perspectiva essencialista, a qual restringe a função da família à questão da conjugalidade e da perpetuação da espécie através da reprodução. Tais marcadores estariam em consonância com uma determinada apreensão da realidade, expressa na norma que garante o direito de constituir uma família através de mecanismos ordinariamente prescritos, os quais coordenam o intercuro sexual e a filiação.

De outra parte, a autonomia e a liberdade, no campo do direito, representam dimensões concretizadoras da própria idéia de sujeito de direitos. O problema é que essas dimensões não podem ser descoladas dos marcadores sociais que nos posicionam em uma sociedade hierárquica e desigual, como a brasileira. Em uma disputa judicial há a pressuposição de que todos os atores envolvidos estão igualmente constituídos de maneira autônoma e com capacidade ativa frente às exigências da própria institucionalidade. É como se, de fato e de direito, juizes, promotores de justiça, advogados e usuários do sistema de justiça, estivessem todos sentados em uma grande mesa redonda, onde é possível ver uma equidade entre esses indivíduos. Nesse jogo, cada um dos atores desenvolve diferentes estratégias e jogadas nos termos prescritos pelos marcadores de classe social, gênero, raça/etnia e geração, entre outros.

Para além dessas categorias jurídicas centrais – autonomia, liberdade e igualdade -, que perpassa toda a produção discursiva e normativa no campo do direito, há a necessidade de que uma das partes convença argumentativamente o juiz e o promotor de justiça de que ela tem as melhores condições para o exercício da guarda dos filhos, no exemplo paradigmático que estamos propondo neste ensaio. As disputas de guarda dos filhos exigem que as partes digam por que devem ter os filhos consigo e porque o ‘outro’ não poderia ter ou permanecer com o filho. Em outras palavras, um homem, que em geral não fica com a guarda dos filhos depois da separação, deverá provar que é capaz de

argumentar que se trata de uma artificialidade, de uma subversão na ordem das coisas da natureza e da cultura. Mas os laços consanguíneos entre parentes de uma mesma linha sucessória também não são uma artificialidade, na medida em que esse critério foi eleito pelo sistema jurídico romano-germânico para a transmissão do patrimônio e dos bens? Da mesma forma, aqueles que escolhem sua rede de parentesco, baseada no critério do pertencimento a um mesmo elemento genético, não o fazem com base na representação do parentesco dado pela genética? O que se aponta com esses exemplos é que o parentesco não se dá somente pela aliança sexual entre um homem e uma mulher. Existem outras formas de construir vínculos duradouros a partir da possibilidade de compartilhamento de outros elementos ou símbolos.

melhor satisfazer os interesses de uma criança ou adolescente, e ainda, fazer prova de que a ex-companheira não está desempenhando adequadamente seu papel maternal.

3. ‘Re-conhecimento’ da paternidade

Se até a década de 50, não havia estudos sobre a ‘função paternal’ tão abundante quanto as análises sobre o trabalho parental realizado pelas mulheres, hoje observamos uma produção científica crescente em torno das questões de masculinidades e paternidades.

Conforme Welzer-Lang (2001: 469), após o ano de 1975, surgiram grupos de homens anti-sexistas que discutiam suas relações com as mulheres e que implicitamente afirmavam suas certezas heterossexuais. Na América Latina, foi por volta da década de 1980 que os estudos sobre masculinidades surgiram. No Brasil, o trabalho do brasileiro Sócrates Nolasco (1993) foi um dos pioneiros nesse campo (RIBEIRO; SIQUEIRA, 2007: 229).

A ocupação pelas mulheres de espaços públicos até então exclusivos dos homens, a maior liberdade para o exercício da sexualidade e as conquistas referentes aos direitos trabalhistas e reprodutivos favoreceram, de certa forma, alguma participação masculina na esfera doméstica e no cuidado com os filhos, alterando os arranjos domésticos e instituindo outras formas de relação entre homens e mulheres e entre adultos e crianças. Na prática, podemos observar um número significativo de homens assumindo as mais diversas tarefas com as crianças e com a casa, nas famílias de nível sócio-econômico médio. Em uma pesquisa realizada com 100 famílias de nível sócio-econômico médio, residentes em Porto Alegre (RS), Wagner et al. (2005) observaram que, em muitos destes núcleos, já ocorre uma relativa divisão de tarefas, na qual pais e mães compartilham aspectos referentes às tarefas educativas e de organização do dia-a-dia da família.

É possível afirmar que estamos passando por um processo de ressignificação da paternidade, realizada por homens-pais que compartilham da responsabilidade com o cuidado de seus filhos. Nesse sentido, alguns desses atores demandam ao Poder Judiciário, em posição de igualdade de direitos em relação às suas ex-companheiras, o reconhecimento de que a ideia de co-parentalidade é a que melhor ‘responde’ ao postulado do ‘superior interesse das crianças’.

A questão do ‘interesse da criança’ é composta por um vasto repertório de valores morais e significados de masculino e feminino. Estes valores definem as atribuições maternas e paternas e, conseqüentemente, influenciam as decisões judiciais. O discurso jurídico e o senso comum anunciam, com pretensão de validade universal, a moralidade constitutiva da boa maternagem e paternagem, até o momento muito pouco confrontada com as transformações culturais observadas nas famílias ocidentais contemporâneas. Trata-se de um axioma, no mínimo, muito fraco, na medida em que ninguém razoavelmente informado pode ser contrário à sua defesa. Vários autores apontam para os usos e abusos da ideia de ‘superior interesse da criança’ (RIOS, 2002; CARDARELLO, 2010; LEISFEN, 2010) quando enfatizam sua operacionalidade estrita ao campo normativo, em detrimento de sua efetiva implementação em situações específicas, distantes do idealizado no senso comum – dos juristas e dos não-juristas.

O processo de envolvimento masculino nas atribuições domésticas e nas questões sobre saúde reprodutiva e sexualidade é de fundamental importância para a transformação das desigualdades substanciais de gênero (SIMIONI, 2009). Todavia, compartilhamos do alerta que Giffin (2005: 56) faz sobre a necessidade de avaliação das reformulações que estão se processando nas ideologias e nas práticas ‘de gênero’, a fim de evitar conclusões baseadas na ideia de que qualquer mudança é positiva, sinal de evolução. Muito embora tenhamos obtido significativos avanços no plano jurídico em relação aos direitos e garantias fundamentais para mulheres e homens, ainda existem situações de recuo e de retrocesso de conquistas alcançadas no campo do direito à igualdade.

4. Jurisprudência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2000 a 2007): argumentos persuasivos de paternidade

Antes da Lei 11.698/2008⁸, a análise jurisprudencial sobre a guarda compartilhada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período de 2000 a 2007, oferecia o seguinte quadro analítico:

(i) a maioria dos acórdãos (60,2% do total de 38 julgados analisados), trata de homens que requerem a guarda exclusiva ou compartilhada de seus filhos. Nessas decisões, as alegações dos pais tentem demonstrar, primeiramente, que são os homens que possuem melhores condições para ficar com a guarda da criança, como também que suas respectivas ex-companheiras não apresentam estrutura moral para permanecerem com os filhos.

(ii) em 18,9% dos casos, os homens fazem mais de uma reivindicação. Eles pedem a guarda, como também a redução ou exoneração da pensão alimentícia arbitrada pelo juiz de 1º grau. As doutrinas nacional e estrangeira previam que, quando um homem solicitasse a guarda compartilhada dos filhos, na verdade, estaria buscando uma alternativa para liberar-se da obrigação alimentar. Essa tendência se confirma na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de acordo com a análise realizada.

(iii) em 39,4% dos casos, havia um acordo judicial ou extrajudicial entre o casal para o exercício compartilhado da guarda. Essa situação evidencia que o acordo não foi suficiente para sustentar a posição adotada, e, por isso, a parte que se sente prejudicada (mãe, pai ou filhos) solicita a alteração, para que a guarda seja determinada para apenas um dos pais.

Esses dados preliminares poderiam levar à conclusão de que, pelo menos no estado do Rio Grande do Sul, nos casos julgados pelo Poder Judiciário entre 2000 e 2007, os homens estariam incorporando outros conteúdos e valores referentes à paternidade.

Para entender melhor esses dados preliminares, o conjunto das alegações dos pais foi dividido em dois grupos. O primeiro grupo reúne argumentos persuasivos que tratam de conferir visibilidade quanto à importância dos pais para seus filhos. O outro grupo trata de argumentos sobre o interesse das crianças, sobretudo, na hipótese de a mãe colocar em situação de risco os filhos.

4.a) Argumentos persuasivos: ‘necessidade de pai’⁹

Observamos nesse grupo a reivindicação da necessidade da presença dos pais para a formação e o desenvolvimento de seus filhos. A seguir, elencamos os principais argumentos utilizados para solicitar a guarda dos filhos:

‘pai presente na vida dos filhos’;
‘referencial imprescindível na vida das crianças por manter conduta ilibada e responsável pelo bem-estar psicológico’;
‘é um pai exemplar’;
‘possui melhores condições físicas, psicológicas e tempo para

⁸ Além da necessidade de um estudo qualitativo sobre a efetividade dessa lei, é importante analisar o contexto dos debates no Poder Legislativo no qual foi aprovada. Pergunta-se, em que medida essa norma, mais do que um eco de uma reivindicação histórica feminista por uma divisão equitativa do trabalho doméstico e familiar, não seria produto das reivindicações de um movimento de pais que defendem o direito de paternidade. De acordo com Tornquist (2008:615), o argumento dos direitos da criança, cada vez mais naturalizado em nossa sociedade é, ao que tudo indica, a base de argumentação da recente alteração do Código Civil, através da Lei 11.698/2008.

⁹ Os argumentos apresentados foram extraídos dos acórdãos (decisão judicial de 2ª grau composta pelos votos de dois desembargadores e de um relator) do Tribunal de Justiça analisados na pesquisa jurisprudencial, os quais reproduziam os argumentos apresentados pelos advogados das partes envolvidas no processo judicial. Nestes documentos não são apresentadas informações sobre classe social, raça/etnia, idade, situação atual de conjugalidade, escolaridade. Buscamos aprofundar essa análise a partir de uma pesquisa qualitativa. Meus agradecimentos à professora Claudia Fonseca (PPGAS/UFRGS) por me acolher gentilmente nessa aventura.

cuidar do filho’;
‘não quer impedir que a filha conviva com a mãe’;
‘foi bom marido e ótimo pai’;
‘não pode ser privado de um convívio mais estreito com os filhos’;
‘melhores condições para exercer os cuidados necessários ao desenvolvimento sadio da criança’;
‘quer preservar a educação dos filhos e os princípios da igreja que congrega’;
‘a própria mãe reconheceu que o ex-companheiro é um excelente pai’;
‘os filhos são muito apegados ao pai e sua presença freqüente se faz necessária para a formação e bom desenvolvimento das crianças’;
‘escassa rotina de visitação é extremamente nociva aos filhos’

Neste grupo, de acordo com os argumentos apresentados, poderíamos afirmar que ocorre uma apropriação de um discurso afinado com a imagem do chamado ‘novo homem’. Os adjetivos utilizados para a sua caracterização - *imprescindível, responsável, exemplar, bom, ótimo, excelente* - revelam uma tentativa de apresentação da idoneidade para o exercício da ‘paternagem’, tanto quanto a adesão aos padrões identitários de um homem-pai contemporâneo, ocidental, heterossexual e membro da população economicamente ativa e consumidora.

Entretanto, ao mesmo tempo em que é utilizado um discurso representativo do paradigma de ‘novo homem’, aparece também a representação de homem-provedor. Esse homem explora e assume uma dupla configuração, é aquele que incorpora outros paradigmas, mas que ainda tem a obrigação de sustentar financeiramente o núcleo familiar:

‘continua a sustentar a ex-esposa e os filhos’;
‘nunca deixou de prover o sustento da filha’;
‘é responsável pelas despesas e necessidades da filha, inexistindo razão para a permanência do pensionamento de 6 salários mínimos’;
‘não tem condições de arcar com o montante fixado a título de alimentos, porquanto já tem descontado em folha outra pensão e possui outro filho’.

De acordo com Devreux (2005: 581), a exigência dos homens à igualdade de direitos parentais e sobre a guarda dos filhos após o divórcio surge como expressão de uma relação de força contra as mulheres, mais do que como prova de defesa dos interesses das crianças. A autora observa a reivindicação do compartilhamento da autoridade parental e da guarda compartilhada como uma tentativa dos homens de manterem o controle e o poder sobre as mulheres após o divórcio, de conservarem um direito de observar o cumprimento do trabalho maternal.

A noção de co-parentalidade, proposta por grupos de defesa de pais divorciados, inclui a idéia de que os encargos ligados à educação e aos cuidados com os filhos, supostamente, são assumidos por pais e mães. Os dados sobre o uso do tempo permitem demonstrar que entre casais – casados ou não – a repartição do trabalho parental e doméstico está longe de ser igual, segundo Devreux (2005: 579). A ‘nova paternidade’ é, na França e em outros países desenvolvidos, mais uma representação social do que uma realidade prática, porquanto a dupla jornada de trabalho permanece uma restrição concreta pesando fortemente sobre a vida das mulheres e sobre sua carreira profissional.

De outra parte, a estrutura familiar tradicional, na qual a mulher é responsável pelas tarefas domésticas e pelos cuidados dos filhos, ainda permanece como expressão de hierarquia de poder

baseada nas distinções de sexo. Nos votos transcritos abaixo, os desembargadores justificam sua preferência em atribuir a guarda para a mãe:

“[...] considerando a idade da criança, o fato de que os estudos especializados apontam a preponderância da figura materna, sobretudo nessa faixa inicial de formação da criança, estou propenso a definir a guarda, atribuindo-a à mãe, regulamentando a visitação na forma feita pela sentença”. (Apelação Cível nº. 70006221006. DJ 04/6/2003)

“Na audiência de conciliação restou evidenciado o desinteresse da mãe em relação aos filhos, bem como a intensa atenção dispensada pelo pai a ambos os filhos. [...] Embora haja indícios de desinteresse da mãe em relação aos filhos, esta apresenta importante papel dentro da entidade familiar, não se mostrando razoável afastar bruscamente a presença materna da vida dos menores, mormente porque não há notícia de qualquer tipo de violência por parte dela em relação a qualquer um dos filhos, existindo ainda manifestação do menor A. no sentido de, por ora, permanecer com a mãe”. (Agravo Interno nº. 70013943881. DJ. 09/02/2006)

Como se observa, a jurisprudência ainda atribui ou mantém a guarda dos filhos, em grande parte dos processos, à mãe, num processo de sacralização da maternidade¹⁰. De fato, quando o Poder Judiciário deposita na personagem da mulher-mãe todo o ideário de preservação dos interesses de crianças e adolescentes, resta ao homem-pai, diante dessa tensão, se constituir de maneira a, primeiro, demonstrar que ele é tão bom quanto a mãe e, segundo, que a mãe não é tão boa quanto deveria ser.

4.b) Argumentos persuasivos: ‘desnecessidade de mãe’

Neste segundo grupo de alegações, os homens pretendem imputar às mulheres o não-cumprimento de suas funções maternas, o que acarretaria uma situação de risco para as crianças, como nos trechos a seguir destacados:

‘o filho está sofrendo maus tratos pela mãe e outros familiares’;
‘a mãe não leva regularmente a criança à pré-escola’;
‘comportamento inadequado da mãe que teve vários namorados, um deles dormiu na casa, com a menina dormindo na mesma cama’;
‘a avó materna fuma demasiadamente’;
‘a menor está assada, suja e cheirando a fumaça de cigarro’;
‘a avó [materna] e a mãe dão salgadinhos para a criança’;
‘a avó [materna] corta mal o cabelo da menina’;
‘a criança é picada por mosquitos e suas roupas cheiram a veneno para mosquitos’;
‘a casa [da ex-mulher] onde reside a criança não é segura, pois as escadas não têm corrimão’;
‘a mãe não dispensa a devida atenção’;
‘situação de risco vivenciada pela menor’;
‘dificuldades emocionais da mãe, o que deu causa a separação do casal’;
‘a mãe expôs as filhas a aulas de capoeira e funk’;
‘a mãe leva as filhas ao local de trabalho, sabidamente insalubre e

¹⁰ O processo de sacralização da maternidade faz parte, no contexto contemporâneo, de uma ética secular que afirma que a maternidade tem um valor muito especial, um valor totalmente distinto do valor da paternidade.

*perigoso [a mãe é agente penitenciária]’;
‘e-mails recebido da mãe dão conta do quanto ela está perturbada a
ponto de não saber que rumo tomar’*

Verifica-se que essa tendência é impulsionada também pela jurisprudência em direito de família. Uma das possibilidades de uma criança ter sua guarda modificada é na hipótese de estar passando por uma situação de risco. Ocorre que, na maioria dos casos, são as mulheres que ficam como guardiãs de seus filhos, então, se um homem pretende pedir a guarda exclusiva ou a guarda compartilhada, deve, teoricamente, reunir provas de que a mulher não está adequadamente desenvolvendo a função maternal.

As reivindicações dos pais separados podem, também, ser interpretadas como uma tentativa de controle, não da paternidade, mas da vida sexual de suas ex-companheiras. Em um acórdão, a mãe postulava a reforma da sentença que determinou que a criança ficasse sob os cuidados paternos. O pedido de guarda formulado pelo pai apoiava-se em sua contrariedade com um suposto flagrante de uma relação sexual entre a mãe de seu filho e o namorado. De acordo com o voto do desembargador-relator, o laudo social realizado não indicara com certeza a veracidade do fato a respeito das cenas de sexo supostamente assistidas pela criança. Entretanto, mesmo não tendo sido comprovada tal situação, o desembargador afirma:

“é o apelado (o pai) quem apresenta melhores condições de guarda do filho, primeiro porque exerce seu ofício durante o dia, ao contrário da mãe que trabalha durante à noite e depois, porque na casa do pai o menino está melhor instalado, tem seu próprio quarto, sendo respeitada a sua individualidade”. (Apelação Cível nº. 70006221006. DJ 04/6/2003)

Divergindo do voto do relator, outro desembargador pediu vista para proferir seu entendimento sobre a situação:

“[...] todos os elementos dos autos são convergentes no sentido de que, até determinada época ao menos, havia um entendimento, entre os genitores, bastante afinado, entendimento este que envolvia, inclusive os progenitores. Em dado momento, ao que parece, tal sintonia fina sofreu desajuste, razão pela qual foi promovida esta ação, cuja motivação maior é o fato de o menino, ao retornar para casa da mãe há dois anos, haver relatado ter assistido ao relacionamento sexual entre ela e o companheiro, que na verdade, de acordo com a prova produzida, não é companheiro, seria namorado. Esse o fundamento básico pelo qual o pai deseja a guarda do menino”. (Apelação Cível nº. 70006221006. DJ 04/6/2003)

De acordo com Welzer-Lang (2001: 461), a política atual em nossa sociedade visa à diminuição das desigualdades, entretanto o autor adverte que é preciso reconhecer que elas perduram. No caso em tela, vemos que este ator, ao reivindicar a guarda do filho, tinha em mente a preservação de seu domínio sobre a ex-esposa, e não a intenção de responder ao apelo de adequação às demandas do que se convencionou chamar de ‘novo homem’. Essa forma de (re)articulação da dominação masculina sobre as mulheres explicita outras modulações para os confrontos de gênero no contexto contemporâneo.

Em outro acórdão, o pai pede a guarda compartilhada da filha, bem como a condenação de sua ex-companheira à indenização por dano moral. Ele alega ter sofrido abalo moral e psicológico em decorrência de uma relação adulterina, devidamente comprovada nos autos através do relatório de investigação elaborado por detetive profissional, por ele contratado. A decisão do juiz de 1º grau é

transcrita no voto do desembargador-relator e esclarece que a contratação de detetive particular e a investigação ocorreram após a separação fática entre o autor e a ré. O relacionamento da ex-companheira com outro homem aconteceu, portanto, depois do fim da união com o autor:

“[...] a alegação de vexames e vergonha perante os vizinhos é questão não comprovada. Se tiveram conhecimento do fato, foi através do autor, na medida em que durante o casamento a demandada não foi vista na companhia de outro homem. A bem da verdade, o autor enfrenta séria dificuldade de aceitar o rompimento, pretendendo uma compensação financeira, mais com intuito de revanche do que de compensação”. (Apelação Cível nº. 70018528612. DJ 23/5/2007)

Observa-se que esse homem, em especial, reivindica, de forma transversal, usando a filha, a retomada do controle/poder sobre sua ex-companheira. A posição adotada por esse ator revela que, apesar das transformações culturais nas relações de gênero, ele prefere colocar-se à margem e oferecer resistência a elas. Mostra-se preso aos padrões tradicionais de masculinidade, o que lhe impõe reagir frente a uma suposta traição da ex-mulher. Essa inferência corrobora a assertiva de Devreux (2005: 562) sobre o antagonismo de interesses presente nas relações sociais de sexo. Para a autora francesa, o conceito de relações sociais de sexo possibilita a articulação entre o sistema de representação (o ideal) e as práticas da divisão sexual do trabalho e do poder, a dimensão material da dominação dos homens sobre as mulheres.

Considerações finais

A recorrência de pais que solicitam a guarda dos filhos deve levar em conta que se os homens estão recorrendo das decisões de 1º grau isso ocorre porque são as mulheres que permanecem com os filhos depois da separação. Além disso, se esses homens estão se permitindo revelar a ‘necessidade de pai’, é porque o contexto atual propicia e valoriza essa manifestação. Diante disto, é preciso reconhecer que, até há pouco tempo, era impensável um homem reivindicar o direito de igualdade para postular judicialmente a co-parentalidade, como melhor resposta para a concretização dos ‘interesses das crianças’.

De outra parte, a mudança significativa nas representações e práticas das funções parentais, realizada nas últimas décadas, parece não ter tido o mesmo efeito na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que ainda encontramos um discurso que reserva à mulher um papel primordial nos cuidados em relação aos filhos. Essa desigualdade de tratamento e essa preferência são reveladoras da transversalidade dos tensionamentos nas relações sociais de sexo, atingindo concomitantemente suas diferentes modalidades de expressão. Partilhamos das conclusões de Scott (2005: 14) quando a autora revela que as tensões postas no campo da igualdade se resolvem através de formas historicamente específicas e necessitam ser analisadas nas suas incorporações políticas particulares e não como escolhas morais e éticas atemporais. Nesse sentido, é possível afirmar que a dupla configuração apresentada por esse grupo de homens aponta para uma estratégia de reorganização da parentalidade, ao mesmo tempo em que atualiza as questões sobre igualdade e reconhecimento no campo do direito de família e nas relações de gênero.

Referências bibliográficas

CARDARELLO, A. O interesse da criança e o interesse das elites: “escândalos de tráfico de crianças”, adoção e paternidade no Brasil. In: VIANNA, A.; UZIEL, A. et al (orgs). ‘El mejor interese del menor’ revisitado: perspectivas internacionales comparadas. *Scripta Nova*. No prelo. 2010.

- DEVREUX, A. M. A teoria das relações sociais de sexo: um quadro de análise sobre a dominação masculina. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 20, n. 3, p. 561-584, set/dez. 2005.
- FRANKLIN, S.; MCKINNON, S. (eds.). *Relative Values: Reconfiguring Kinship Studies*. Durham: Duke University Press, 2001.
- GIBBON, S. Re-examinando a 'genetização': árvores familiares na genética do câncer de mama. *Política e Trabalho*, Universidade Federal da Paraíba, n. 20, 2004, p. 35-60.
- GIBBON, S.; NOVAS, C. (eds.). *Biosocialities, Genetics and the Social Sciences*. London: Routledge, 2008.
- GIFFIN, K. A inserção dos homens nos estudos de gênero: contribuições de um sujeito histórico. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 01, p. 47-57, 2005.
- LEIFSEN, E. The uses of the best interest of the child in the administration, governance and politics of Equatorium childhoods. In: VIANNA, A.; UZIEL, A. et al (orgs). 'El mejor interese del menor' revisitado: perspectivas internacionales comparadas. Scripta Nova. No prelo. 2010.
- NOLASCO, S. *O mito da masculinidade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- RIBEIRO, C. R.; SIQUEIRA, V. H. F. de. O novo homem na mídia: ressignificações por homens docentes. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 217-241, jan/abr. 2007.
- RIOS, R. R. *O Princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.
- RIVAS, A. M. Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico. *Revista de Antropología Social*, Madrid, n. 18, p. 7-19, 2009
- SCOTT, J. W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, p. 10-34, 1990.
- SCOTT, J. W. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 11-30, jan/abr. 2005.
- SIMIONI, F. As relações parentais e de gênero no Direito de Família brasileiro: estudo de caso sobre a guarda compartilhada. In: BRAUNER, M. C. C. *Biodireito e Gênero*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007, p. 107-133.
- SIMIONI, F. Parentalidade e gênero: permanências e transformações nas decisões judiciais sobre guarda compartilhada. In: LOBATO: A. et al (orgs). *Direito e Sociedade na América Latina do século XXI*. Pelotas: Ed. UFPel, 2009, p. 167-187.
- TORNQUIST, C. S. Em nome dos filhos ou "o retorno da lei do pai": entrevista com Martin Dufresne. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 613-629, mai/ago. 2008.
- WAGNER, A. et al. Compartilhar tarefas? Papéis e funções de pai e mãe na família contemporânea. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 181-186, mai/ago. 2005.
- WARAT, L. A. A questão do gênero no Direito. In: DORA, D. D. *Feminino Masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Sulina, p. 59-71, 1997.
- WELZER-LANG, D. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*, Florianópolis, a. 9, v. 2, p. 460-482, 2º sem/2001.
- ZAMBRANO, E. Parentalidades 'impensáveis': pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, a. 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006.