

5

O instituto da guarda e o princípio do melhor interesse: explorando a prática do Judiciário

5.1

Os primeiros passos

Considerando que o trabalho de campo da presente dissertação tem por base as decisões judiciais de disputas interparentais de guarda, realizamos inicialmente uma pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual teve como alvo as decisões de 2ª instância¹¹¹ e utilizou como termos de busca: guarda e criança no período de 2005-2006, quando cursávamos a disciplina Atividades Programadas II.

A partir dos critérios de busca acima mencionados identificamos 133 resultados (decisões), dos quais alguns tiveram que ser descartados por não versarem sobre conflitos interparentais de guarda, mas, por exemplo, sobre ações de guarda de criança propostas por avós contra os genitores ou sobre ações de guarda pelos avós cujo objetivo maior era que a criança viesse a obter a condição de dependente para a futura aquisição de benefícios previdenciários.

Nesse primeiro levantamento, nosso interesse era tomar contato com os critérios que fundamentaram as decisões de guarda, ou seja, queríamos saber se os pareceres técnicos (das assistentes sociais e psicólogas) foram considerados, se as crianças/adolescentes foram ouvidas, se o tipo de vínculo da criança foram considerados, etc.

Das decisões que se encaixavam no nosso interesse pudemos constatar que as mesmas consideraram¹¹²:

- o estudo social e psicológico favoráveis – 10 casos,
- o bem estar e a estabilidade emocional dos “menores” (*sic*) – 03 casos,

111 2ª instância é o órgão julgador dos recursos, ou seja, proferida a sentença se alguma ou ambas as partes não se contentam com o conteúdo da mesma e interpõem o recurso competente, a apelação, o processo é remetido a uma das Câmaras Cíveis que realizará o julgamento do mesmo. Ressalte-se que o julgamento na 2ª instância se fará por 03 desembargadores (os juízes da 2ª instância).

112 Ou pelo menos é isso que os julgados (decisões) informam, o que não pode ser por nós conferido, pois nos baseamos apenas no que estava disponível no site que era a decisão e não o processo inteiro.

- o art 6º da Constituição Federal “*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*” - 03 casos,

- melhores condições de criar – 02 casos,

- a manifestação da criança – 02 casos.

Entretanto, o que mais nos chamou a atenção foi a diversidade da nomenclatura utilizada para o que deveria ser designado por melhor interesse da criança, tendo sido utilizados: proteção total à criança, prevalência dos interesses do “menor” (*sic*), interesse maior do “menor” (*sic*), interesse maior da criança, predominante interesse dos “menores” (*sic*), interesse da criança, interesse superior da criança ou “*regra protetiva do menor que deve prevalecer*” (*sic*) – 09 casos. A expressão melhor interesse da criança, por sua vez, foi utilizada em apenas 02 casos.

Consoante BERGER e LUCKMANN (2002) a linguagem nos permite o acesso ao acervo social de conhecimento do outro, em estando este defasado esta característica é facilmente visualizada pela escrita.

Corroborando a defasagem está a tendência de repetição dos valores introjetados e incorporados no processo de subjetivação de cada indivíduo dentro das relações sociais, no caso, provavelmente, aprendidos pelo julgador em sua graduação (processo de socialização secundária) e que resistem a mudança, configurando-se o “habitus”.

Verificamos a marcante presença do termo “menor” oriundo do Código de Menores, o qual foi revogado com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. De acordo com este diploma legal a criança é sujeito de direitos e não mais objeto de direitos (como o eram os ditos menores), em virtude do que nos indagamos a razão do uso de nomenclatura oriunda de uma legislação já revogada há mais de 10 anos. Seria possível que embora tivesse ocorrido uma mudança na legislação não tenha ocorrido uma absorção da idéia que estava por trás dela ?¹¹³

COLARES (2000), a esse respeito, defende que houve apenas uma atualização normativa nos livros jurídicos, ou seja, inseriu-se o novo texto da

113 COLARES, M, *A sedução de ser feliz: uma análise sóciojurídica dos casamentos e separações*, p. 47

legislação sem que se captasse o “espírito” das mudanças, fortalecendo-se “a manutenção da conduta tradicionalista, legalista, moralista e opressora”.

Nos indagamos, outrossim, se a linguagem das decisões refletiria o pensamento do magistrado.

Tendo em vista os resultados preliminares obtidos na pesquisa de jurisprudência, entendemos ser pertinente lançar mão do conceito de “habitus” formulado por Pierre Bourdieu.

Isto porque o referido conceito poderia nos fornecer subsídios para explicar o porquê da “permanência persistente” de um linguajar oriundo de legislação revogada há mais de 10 anos.

“Habitus” nas palavras de BOURDIEU (1975)¹¹⁴ é o “... produto da interiorização dos princípios de um arbitrário cultural capaz de perpetuar-se após a cessação da AP¹¹⁵ e por isso de perpetuar nas práticas os princípios do arbitrário interiorizado.”¹¹⁶

B. LAHIRE (2002), aluno do teórico em questão, nos fornece a sua visão do que “habitus” representaria, ou seja, “*sistema transferível de disposições socialmente constituídas é todo o programa de uma sociologia da socialização, de uma sociologia genética das disposições (a agir, sentir, acreditar e pensar)*”¹¹⁷ com o objetivo de vencer e explicar a dicotomia sociedade/indivíduo, ou ainda “*o que o mundo social deixa em cada um de nós na forma de propensões a agir e reagir de certa forma, de preferências e detestações, de modos de perceber, pensar e sentir*”.¹¹⁸

SETTON (2002) em sua leitura contemporânea do que vem a ser “habitus” o concebe como “*um sistema de esquemas individuais, socialmente constituído de disposições estruturadas (no social) e estruturantes (nas mentes), adquirido nas e*

114 O autor elaborou esse conceito na obra denominada: A reprodução em que trata do sistema de ensino e como o mesmo é utilizado para assegurar a manutenção do status quo.

115 Ação pedagógica definida por Bourdieu como “...uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural” p. 20. Já poder arbitrário é por entendido como “... a condição da instauração de uma relação de comunicação pedagógica, isto é da imposição e da inculcação de um arbitrário cultural segundo um modo arbitrário de imposição e de inculcação (educação).” P. 21

116 BOURDIEU, P. *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*, p. 44

117 LAHIRE, B. *Reprodução ou prolongamentos críticos?* p. 07

118 Ibid., p. 07

*pelas experiências práticas (em condições sociais específicas de existência), constantemente orientado para funções e ações do agir cotidiano.”*¹¹⁹

Ressaltando sempre que não se trata de um sistema fechado ou a “*sedimentação de um passado incorporado em instituições sociais tradicionais*”¹²⁰, mas algo em constante transformação, influenciando e sendo influenciado pelo mundo exterior.

A partir da leitura realizada percebemos “habitus” como a tendência a agir de determinado modo que toma por base crenças e valores apreendidos no meio em que se está inserido ou no qual se viveu, propondo uma conjunção entre o social e o individual.

As crenças e hábitos mencionados estão intrinsecamente relacionados ao processo de socialização do indivíduo, ao meio em que cresceu e se desenvolveu, leia-se família e amigos, e às instituições nas quais adquiriu a educação formal.

Nesta dissertação pretendemos realizar a análise das sentenças, as quais refletem diretamente o pensamento daquele que as elaborou: o magistrado. Assim sendo, ao prolatá-las o juiz, consciente e inconscientemente, lança mão de todo aquele aprendizado adquirido através da socialização desde que nasceu: valores, atitudes, formas de pensar e agir, bem como das interações com as pessoas e ambientes que o circundam.

Percebemos, por outro lado, que o “habitus” diz respeito a um conhecimento e neste sentido nos valem das lições de BERGER e LUCKMANN (2002) quando tratam da sociologia do conhecimento. De acordo com esses autores “*o mundo consiste em diferentes realidades*”¹²¹, sendo que a passagem de uma realidade para outra acarreta choques.

A vida cotidiana poderia ser considerada como a realidade predominante, sendo ela intersubjetiva, o que significa que exige a presença de várias pessoas. O mundo no qual estas vivem é comum, mas as perspectivas de cada indivíduo são distintas (é em virtude disso que quando a capacidade de solução de uma pendência se torna impossível elas se valem de um terceiro para decidir, o juiz, a solução fornecida pelo Estado).

119 SETTON, M.G.J. *A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea*, p. 63

120 Ibid, p. 69

121 BERGER, P.L. e LUCKMANN, T. *A construção social da realidade – Tratado de Sociologia do Conhecimento.*, p.38

A realidade tem várias zonas umas mais acessíveis, outras menos. A zona do trabalho é o mundo do indivíduo por excelência. O presente trabalho tem por objetivo se focar justamente nesta zona, a do trabalho, especificamente o realizado pelo magistrado ao decidir um conflito de interesse atinente a guarda e a da equipe técnica ao elaborar o estudo social e o laudo psicológico.

Para fazermos parte dessa realidade lançamos mão da linguagem que dá significação aos objetos que fazem parte da vida cotidiana¹²² e a análise da linguagem, escrita no caso, das decisões judiciais é o que permitirá sabermos se o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal de 1988 está de fato incorporado na prática do Poder Judiciário.

Assim, a linguagem é um meio de objetivação de experiências e pode ser dividida em categorias e até aproveitada pelos outros. Ela faz com que o indivíduo tenha que se adequar a padrões e possa estabelecer pontes entre diferentes dimensões espaciais, sociais e temporais.

Outrossim, a linguagem nos permite ter acesso ao acervo social de conhecimento do outro, mormente no que diz respeito as ações de família e em especial a ação de guarda, pois como já colocado tudo o que se insere no processo concerne à vida pessoal das partes litigantes com o intuito de se verificar quem está mais apto a ser o guardião da criança. Neste caso, ressaltamos o estudo social e o laudo psicológico cujo objetivo é fornecer ao julgador a maior quantidade possível de informações sobre as partes, e que não são fornecidas pelos seus advogados.

BERGER e LUCKMANN (2002) explicitam a existência de “esquemas tipificadores”, ou seja, padrões¹²³ que estabelecem a forma como vou lidar com os outros na vida cotidiana e que podem mudar e se adequar após uma interação, sobretudo a face a face.

Tais esquemas nos remetem a uma associação com o conceito de “habitus” em virtude da semelhança entre ambos, considerando-se aquele como a síntese de um processo maior de socialização.

Ressaltam, ainda, os autores o fato de que quanto maior o grau de anonimato do outro, mais eu crio padrões e os estendo àquele que me é menos conhecido.

122 Ibid , p.39

123 Algo como velho/novo, antigo/moderno, preto/branco, etc

No que tange ao conhecimento é dito que o mesmo “*distingue a realidade por diferentes graus de familiaridade*”¹²⁴ sendo que possuímos mais conhecimento sobre a ocupação por nós desempenhada. Entretanto, não há como conhecer a “totalidade da realidade” sendo o acesso franqueado apenas a parte dela.

Ainda no que concerne à apreensão do conhecimento cabe salientar que nem sempre o indivíduo interioriza a significação correta da situação ocorrida, contudo nos deteremos neste ponto mais à frente.

A sociedade se caracteriza por ser uma realidade ao mesmo tempo objetiva e subjetiva, sendo que para compreendê-la mais adequadamente ambos os aspectos devem ser considerados. Os dois podem ser melhor reconhecidos se a sociedade for encarada “*como um processo dialético em curso composto de 03 momentos: a exteriorização, a objetivação e a interiorização*”, ressaltando-se que tal sequência não é temporal, podendo ocorrer simultaneamente.

É através da interiorização que realizo “*a apreensão ou interpretação imediata de um acontecimento objetivo como dotado de sentido, isto é, como manifestação de processos subjetivos de outrem, que desta maneira torna-se subjetivamente significativo para mim*”¹²⁵.

Concretizada a interiorização o indivíduo se torna membro da sociedade através da socialização que se caracteriza como um processo de introdução do mesmo “*no mundo objetivo de uma sociedade ou em um setor dela*”.¹²⁶

Com o objetivo de verificar a aplicação e a interiorização do princípio do melhor interesse na prática nos dirigimos ao Núcleo de Prática Jurídica da PUC/RJ para averiguar se o princípio do melhor interesse estava sendo de fato considerado nas ações de guarda.

124 BERGER, P.L. e LUCKMANN, T. *A construção social da realidade – Tratado de Sociologia do Conhecimento*, p.64

125 Ibid., p.174

126 Ibid., p.175

5.2

Análise dos processos judiciais de guarda em que o NPJ/ PUC/RJ atuou: o melhor interesse na prática

O Núcleo de Prática Jurídica da PUC/RJ¹²⁷ é o órgão do Departamento de Direito cuja finalidade é propiciar a realização de estágio aos alunos de graduação deste curso, o qual constitui exigência do MEC e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Nele são ministradas as disciplinas Estágio Supervisionado I, atinente a Prática de Processo Penal, Estágio Supervisionado II, consistente na Prática do Processo Trabalhista, Estágio Supervisionado III, concernente à Prática do Processo Civil e, por fim, Estágio Supervisionado IV em que há um leque de opções composto pelas seguintes disciplinas: Direito de Família, Direito das Sucessões, Procedimentos Especiais em Processo Penal, Procedimentos Especiais em Processo Civil, Direito do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis e Advocacia Pública dentre as quais o aluno deve escolher conforme a sua preferência. O Estágio Supervisionado IV visa aperfeiçoar os conhecimentos adquiridos nas disciplinas anteriores.

As aulas das disciplinas de Estágio Supervisionado se realizam aos sábados entre 08:00 e 13:00hs com o estudo de casos concretos, a elaboração de peças processuais, o oferecimento de palestras e atividades que simulem a prática da advocacia.

Dentro do NPJ/PUC/RJ está inserido o Escritório Modelo de Advocacia – EMA, o qual como o nome diz é um escritório de advocacia que tem por fim:

“... atender às necessidades de estágio orientado por parte dos alunos de graduação em Direito e, de outro, possibilitar à população carente o acesso à Justiça, mediante a prestação de assistência jurídica gratuita, dirigida aos que dispõem de renda familiar de até quatro salários mínimos mensais. Atende também aos membros da comunidade universitária, oferecendo-lhes orientação jurídica e, aos que satisfizerem os requisitos sócio-econômicos, assistência jurídica integral.”¹²⁸

Deste modo, o EMA é um escritório destinado ao aprendizado dos alunos de Direito, que ali têm a oportunidade de aprender a atender clientes, redigir peças

¹²⁷ Doravante denominado de NPJ.

¹²⁸ Informações obtidas no site <http://www.puc-rio.br/direito/npj/ema.html> no dia 27/05/07 às 21:50.

processuais, acompanhar audiências, enfim realizar atos típicos da rotina de um advogado mediante supervisão de um professor.

O EMA/PUC/RJ é o órgão responsável pelo atendimento aos clientes, a propositura e o acompanhamento das ações, tendo sido o acervo dos processos judiciais findos de guarda em que este atuou (seja defendendo o Autor, seja defendendo o Réu) que serviram de base para a nossa pesquisa.

A escolha do EMA/PUC/RJ como o local para a realização da pesquisa desta dissertação se deu em virtude da facilidade de acesso ao acervo que nos foi proporcionado pelas duas professoras que ministram a disciplina Estágio Supervisionado IV – Direito de Família.

Enfatizamos a questão do acesso aos processos judiciais findos de guarda uma vez que estes tramitam em segredo de justiça¹²⁹ nas Varas de Família, o que implica em grande restrição à sua manipulação, sendo esta facultada somente aos advogados que neles atuam, ao Autor e ao Réu.

Assim sendo, cremos que a possibilidade de analisar esse tipo de material em outro local, como o Arquivo Judiciário¹³⁰, seria muito remota.

A atuação do EMA/PUC/RJ se inicia com a procura do cliente e a subsequente marcação de dia e horário para o atendimento inicial por uma assistente social, responsável pela triagem.

Esta tem por objetivo aferir por que motivo o cliente está procurando o escritório, se o problema que traz é passível de ser solucionado juridicamente, uma vez que segundo a assistente social responsável, muitas vezes a pessoa busca apenas ser ouvida, receber atenção, não estando o fato relatado com a esfera de atuação do EMA. Neste caso, o cliente é encaminhado a outro órgão se cabível.

Ultrapassada esta fase e verificado que se trata de uma questão que demanda uma intervenção jurídica, a assistente social analisa se o cliente reside nas áreas atendidas pelo EMA e se atende aos seguintes requisitos:

- hipossuficiência, ou seja, que receba renda mensal menor ou igual a quatro salários mínimos;
- que seja morador das áreas de cobertura para atendimento no NPJ;
- que não esteja sendo assistida/patrocinada por outro advogado.¹³¹

129 Visto que tais ações versam sobre a intimidade das pessoas.

130 Para onde os processos são enviados após o seu fim.

As denominadas áreas de cobertura para o atendimento no NPJ são as seguintes: Benfica, São Cristóvão, Vasco da Gama, Mangueira, Caju, Gamboa, Santo Cristo, Saúde, Andaraí, Grajaú, Maracanã, Vila Isabel, Copacabana, Leme, Catumbi, Cidade Nova, Estácio, Rio Comprido, Aeroporto, Castelo, Centro, Fátima, Lapa, Praça Mauá, Gávea, Ipanema, Jardim Botânico, Lagoa, Leblon, São Conrado, Vidigal, Alto da Boa Vista, Praça da Bandeira, Tijuca, Botafogo, Catete, Cosme Velho, Urca, Flamengo, Glória, Humaitá, Laranjeiras, Bonsucesso, Manguinhos, Santa Tereza, Rocinha e Paqueta.

Obedecidos os requisitos acima, o cliente é encaminhado a algum dos setores do NPJ, conforme a natureza da sua demanda.

Cabe salientar que a área de Família é a segunda mais procurada pelos clientes do EMA/PUC/RJ¹³² com 330 atendimentos no período de 01/07/05 a 05/06/07, perdendo apenas para a área trabalhista com 342 atendimentos.

O perfil do cliente que solicitou o atendimento na área de Família do EMA/PUC/RJ no período de 01/07/05 a 05/06/07 foi o seguinte: mulher, parda, solteira e com renda de um a dois salários mínimos¹³³.

Para fins de realização da pesquisa analisamos todo o acervo de processos findos da área de família existentes no EMA/PUC/RJ, o que cobre o período entre 1997 e 2007, e encontramos 14 processos que versavam sobre guarda¹³⁴. Considerando a baixa quantidade de processos optamos por analisar todos e não apenas os que envolvessem a disputa entre os genitores.

Em estudo realizado em 2006, PUPO apresenta uma tabela com o indicativo da distribuição das demandas mais frequentes nas Varas de Família do Fórum Central pelo critério do pedido nos anos de 2003 a 2005. Pode-se observar que as ações de guarda estavam à frente apenas das ações de investigação de

131 Caso o cliente busque apenas uma orientação na há necessidade que ele se enquadre nos critérios propostos pois a orientação se esgota em um atendimento, algo como uma resposta para uma pergunta.

132 As estatísticas apresentadas foram obtidas através do sistema Maxwell/EMA desenvolvido pelo Departamento de Engenharia Elétrica da PUC-Rio para o uso do NPJ/PUC-Rio. A sua utilização se iniciou a partir de 2205.2 pelos professores e em 2006.1 pelos alunos do NPJ, com o objetivo de: “registrar as atividades realizadas pelo aluno ao longo do período, organizar e controlar o trânsito das informações do EMA e produzir relatórios e levantamentos estatísticos.”(material de divulgação). Os primeiros dados são inseridos no programa pela assistente social na triagem.

133 Não pudemos considerar a ocupação como uma variável porque o leque de opções era muito extenso dificultando o seu levantamento.

134 Uma vez encerrados os processos nas Varas de Família eles são remetidos ao Arquivo Judiciário, contudo antes que isso ocorra os mesmos são xerocados em sua íntegra por algum dos integrantes do EMA.

paternidade, conforme pode ser observado na referida tabela que reproduzimos a seguir.

Escolhemos as ações de guarda por serem elas o tema do trabalho bem como as medidas judiciais em que se disputa quem poderá ter em sua companhia a criança/adolescente. Nos processos, por nós analisados figuram como partes¹³⁵: o pai, a mãe, a tia, o avô, a avó e pessoas sem vínculo consanguíneo.

Optamos por estudar os processos judiciais de guarda em sua integralidade com o intuito de obter uma melhor compreensão dos mesmos, desde o momento em que a ação foi proposta até o seu encerramento, a existência ou não de estudo social e psicológico, o que foi verbalizado pelas partes através de seus advogados e por elas às assistentes sociais e psicólogas.

A pouca quantidade de ações de guarda encontrada no EMA/PUC/RJ também se reflete nas Varas de Família do Fórum Central¹³⁶.

“Tabela 7 – Distribuição das demandas mais frequentes nas Varas de Família do Fórum Central (Comarca da Capital) pelo critério do pedido nos anos de 2003 a 2005.”

Demandas	Ano: 2003	Ano: 2004	Ano: 2005
Alimentos e Revisões	7603	9538	7735
Divórcios Consensuais	3672	3278	2884
Separações Consensuais	1672	2320	1384
Divórcios Judiciais	987	1759	1730
Separações Judiciais	820	1248	715
Guarda	633	556	479
Investigação de Paternidade	384	545	372
Cautelares	782	968	715
Precatórias	4406	4573	5409

Fonte: Banco de Dados do TJ/RJ – DICOL/DEIGE - fevereiro de 2006¹³⁷

A leitura dos processos de guarda buscamos identificar a aplicação do princípio do melhor interesse na prática judiciária, sendo orientada por questões do tipo:

- a criança/adolescente foi ouvida em algum momento do processo ?
- existe algum caso de guarda compartilhada ?

¹³⁵ Partes são o autor e o réu.

¹³⁶ Aquele situado na Rua Erasmo Braga no Centro da cidade e que abarca os seguintes bairros: Benfica, São Cristóvão, Vasco da Gama, Mangueira, Caju, Gamboa, Santo Cristo, Saúde, Andaraí, Grajaú, Maracanã, Vila Isabel, Copacabana, Leme, Catumbi, Cidade Nova, Estácio, Rio Comprido, Aeroporto, Castelo, Centro, Fátima, Lapa, Praça Mauá, Gávea, Ipanema, Jardim Botânico, Lagoa, Leblon, São Conrado, Vidigal, Alto da Boa Vista, Praça da Bandeira, Tijuca, Botafogo, Catete, Cosme Velho, Urca, Flamengo, Glória, Humaitá, Laranjeiras, Bonsucesso, Manguinhos, Santa Tereza, Rocinha e Paqueta.

¹³⁷ PUPO, D. M.R., *Proteção das famílias no judiciário: a experiência do núcleo de prática jurídica da PUC/Rio e as varas de família do tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 2006.

- houve realização de estudo social e psicológico nos processos ?
- o tratamento dispensado às crianças/adolescentes foi coerente com a doutrina jurídica da proteção integral ?
- a qualidade do vínculo entre os genitores e a criança/adolescente foi considerada?

Iniciada a leitura dos catorze processos, notamos que a expressão melhor interesse aparece por poucas vezes, em geral nas petições do Núcleo de Prática Jurídica, muito embora tenhamos percebido que a preocupação da Divisão de Serviço Social e do Departamento de Psicologia do Tribunal de Justiça ao realizar seus respectivos estudos, embora não empreguem a expressão, revelaram preocupação com seu cumprimento na prática, com pareceres que assegurassem de modo mais eficaz o bem-estar¹³⁸ de crianças e adolescentes .

Muito embora o princípio do melhor interesse não se faça presente através de menção expressa, o mesmo não ocorre em relação ao seu significado uma vez que verificamos que a meta das assistentes sociais e psicólogas foi o atendimento aos interesses da criança/adolescente, ouvindo-as **sempre**, se dirigindo às instituições de ensino por elas freqüentadas e se disponibilizando inclusive a monitorar visitas, cujo objetivo era a reintegração familiar, fora das instalações do Fórum.

Em virtude disso, entendemos que nos casos em que a equipe técnica do Tribunal de Justiça atuou, o disposto no ECA foi respeitado seja no que tange ao princípio do melhor interesse, como também no atinente à prioridade absoluta das crianças/adolescentes, a sua condição de seres em condição peculiar de desenvolvimento e o fato de serem sujeitos de direitos¹³⁹.

Verificamos a partir do material analisado que é o pai aquele a quem é deferida a guarda mais freqüentemente (06 casos), sendo o segundo lugar dividido pela mãe (04 casos) e por terceiros: tia, avô, avó, indivíduo sem vínculo consanguíneo (04 casos).

Este fato muito nos surpreendeu em virtude do histórico cultural da sociedade brasileira¹⁴⁰, de acordo com a qual cabia à mulher o cuidado com os

138 Apenas nas situações em que o estudo social e/ou psicológico é determinado.

139 Nesse caso de opinar nas situações que lhe envolvam.

140 A qual tivemos oportunidade de salientar no capítulo 3.

filhos, atendendo às suas necessidades diárias, e ao pai o trabalho externo com o fito de auferir rendimentos para a manutenção do núcleo familiar.

BRITO (2004)¹⁴¹ em pesquisa realizada entre 1999 e 2002 com operadores do Direito do estado do Rio de Janeiro constatou a persistência da tradição cultural da mulher como guardiã preferencial dos filhos.

Neste sentido, percebemos que os homens que foram parte dos processos analisados (os que mais foram contemplados com a guarda) já incorporaram o espírito da Constituição Federal de 1988 e do ECA e os valores sociais que os legitima como a isonomia entre os sexos e o direito de cuidar de sua prole (demonstrando interesse em fazê-lo).

Entretanto, notamos nos processos de guarda do NPJ algo que ocorria quando exercíamos a advocacia na área de família, ou seja, a utilização do processo para agredir o ex-cônjuge e o uso dos filhos como armas de acirramento do conflito.

Na busca pela obtenção da guarda do filho aquele que pleiteia não raro retroage à época anterior ao desfazimento do matrimônio para ressaltar as más qualidades do outro e o quanto este é inapto e irresponsável para o exercício da maternidade/paternidade.

O relato dos vícios alheios mais se incrementa na medida em que aumenta o nível intelectual do cliente. É nessa oportunidade que vem à tona as mágoas e as questões mal resolvidas com o ex-cônjuge, totalmente expostos a um Judiciário por vezes insensível e inapto para a detecção e encaminhamento ao profissional competente para lidar com isso essas questões: o psicólogo.

Dentre os processos por nós analisados um em especial chamou a atenção justamente pela latência das situações mal resolvidas, uma vez que constava da pasta do cliente relatório por ele digitado dos “principais fatos” que ocasionaram o pedido de guarda, fatos esses que remontavam à época do casamento com direito a depoimentos por escrito de conhecidos narrando as brigas do ex-casal.

A partir daí nos questionamos: será que a busca pela guarda de um filho passa necessariamente pelo ataque pessoal ao outro, com a menção de conflitos em que foram parte os ex-cônjuges e não os filhos e ninguém mais ? Reconhecemos que a guarda é pleiteada quando o genitor crê que o outro não está

141 BRITO, L.M.T. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*, p. 357/358

habilitado a exercê-la, o que constitui um fato negativo. Entretanto, será que essa narrativa tem que ser tão pungente?

Não por acaso as audiências das Varas de Família - momento em que estão presentes o Autor, o Réu, seus advogados, o juiz e o promotor de justiça - são notórias pelas freqüentes discussões acaloradas entre as partes.

Quanto aos critérios para o deferimento da guarda fomos surpreendidas com o fato de que apenas 03 processos terminaram com sentença, nos demais houve acordo - 07, desistência¹⁴² - 1 ou existem dúvidas quanto ao modo como foi finalizado tendo em vista a ausência de documentos - 3.

Dentre os três processos que terminaram com a prolação de sentença e portanto passíveis de análise de critérios, um nos chamou a atenção uma vez que nele houve recurso, ou seja, uma das partes não se satisfaz com a decisão de primeira instância e entrou com uma apelação para que o seu caso fosse revisto em segunda instância.

No processo em questão ambos os genitores litigavam pela guarda do filho, mas quem a detinha durante a ação era o pai. Foi elaborado o estudo social que indicou que ambos os pais reuniam condições de exercer o direito de ter a criança em sua companhia, embora narrasse contradições na história do genitor as quais vieram à tona com a visita domiciliar à casa das partes.

O juiz, considerando o estudo social, decide manter a guarda com o genitor adotando implicitamente a rotina como critério.

A genitora, insatisfeita com a sentença, recorreu e através do recurso conseguiu reformar a decisão anterior. A apelação foi decidida pelas seguintes razões:

“Revelando o estudo social do caso que o menor de três anos de idade pode ficar tanto com o pai quanto com a mãe, pois ambos reúnem condições materiais e afetivas para exercer a posse e guarda da criança, deve-se atribuir a guarda à mãe, que melhor atenderá suas necessidades, insubstituível na criação de uma criança de tenra idade como filho do casal, sobretudo havendo relacionamento amoroso superveniente entre os pais, comprovado pela vinda de um novo filho. Neste caso, os dois irmãos devem ser criados e educados juntos, sob a guarda da mãe. Provimento do recurso.”

Verificamos na decisão acima uma mudança nos critérios de determinação da guarda, passando a considerar a mãe como aquela que melhor atenderá às

¹⁴² A desistência ocorre quando a parte autora manifesta o desejo de não mais prosseguir com a ação, tendo o juiz que homologar essa decisão. Caso a parte no futuro mude de idéia terá que propor a ação novamente.

necessidades do filho, sendo insubstituível o que nos remete a “tender years doctrine” e a figura da mulher como responsável pelos cuidados com a prole, ambas tendências ultrapassadas, embora se note a intenção de proteger a criança.

Sendo o eixo da decisão a criança envolvida, percebe-se que o julgador tentou buscar nos documentos do processo aquele que reuniria melhores condições de criá-la o que denota um avanço em relação a uns anos atrás quando o centro da decisão era o que fosse mais conveniente aos pais.

No segundo caso a sentença foi favorável à genitora, acatando o parecer social, que afirmava que esta possuía “*condições afetivas, familiares e materiais*” para ter consigo a filha. Contudo, o magistrado não tinha outra alternativa, tendo em vista que o genitor se encontrava em local incerto e não sabido.

Finalmente a última sentença acata o estudo social e defere a guarda ao genitor com quem a criança já vivia, tendo sido ele o autor da ação.

Considerando que metade dos processos analisados terminou¹⁴³ mediante a celebração de acordo buscamos, na leitura dos pareceres da equipe técnica que integravam os mesmos, verificar quais foram os critérios utilizados. Constatamos que em duas situações houve apenas o relato da história das partes sem a emissão de um parecer.

Nos demais casos foram considerados a existência de vínculo de afeto entre o genitor que pleiteia a guarda e a criança/adolescente, as condições financeiras deste, a manutenção da rotina da criança/adolescente, a aptidão do genitor ao exercício da guarda, a inexistência da prática de violência doméstica contra a criança/adolescente por parte daquele que deseja ser guardião, a preferência manifestada pelos filhos consoante a idade, critérios estes que se coadunam com os explicitados por Willemsen e Willenson (2005) como indicativos do respeito ao princípio do melhor interesse.

Conquanto o grau de litigiosidade dos processos em questão fosse altíssima, tendo ambas as partes relatado inúmeros fatos desabonadores da conduta do outro, tornando-os inaptos a serem guardiões, tudo era ignorado no momento da audiência e o acordo era realizado.

143 Neste o genitor se mudou para outro estado da federação apresentou a sua defesa para a ação e não mais acompanhou o processo, se limitando a dizer que concordava com a guarda e com o divórcio.

Ressalte-se, inclusive, que os processos de guarda são volumosos e que se delongam bastante¹⁴⁴ em virtude da morosidade da justiça, da grande quantidade de ações em trâmite nas Varas de Família e a escassez de juízes. Assim sendo, nos questionamos porque “brigar” de modo tão intenso para posteriormente realizar um acordo ?

Ao indagar de uma das advogadas do EMA/PUC/RJ qual seria, na sua opinião, o motivo para tanto, a mesma respondeu que um deles seria o fato de que as partes se cansam de litigar; o tempo passa as mágoas se atenuam e todos percebem que é melhor acabar com o processo.

Um outro motivo por ela apontado para a celebração do acordo seria “uma forte ênfase” por parte do Judiciário na realização do acordo do tipo “os senhores tem certeza de que não querem fazer um acordo, nós já temos um modelo pronto, podemos terminar com o processo de uma vez”...

O modelo pronto, em regra, prevê a guarda unilateral com a visitação tradicional. Nesse caso o advogado se vê diante de um dilema, pois com acordo ou com sentença o resultado será equivalente, ou seja, uma guarda unilateral com visitação tradicional.

Uma outra questão atinente aos acordos celebrados é a semelhança do tipo de visitação a ser realizado pelo genitor que não deterá a guarda. Via de regra estipula-se a visitação nos moldes mais tradicionais no estilo: “X ficará com a guarda do filho, cabendo a Y visitá-lo em finais de semanas alternados buscando-o às 18:00hs na residência de sexta feira do guardião e entregando-o no domingo às 18:00hs. O filho ficará com o pai nos Natais dos anos pares e com a mãe nos ímpares, o inverso ocorrendo no Ano Novo. No dia das mães o filho permanecerá com a mãe e no dia dos pais com o pai. A alternância entre a companhia do pai e da mãe também se fará nos feriados e nos aniversários da criança/adolescente”.¹⁴⁵

Em alguns casos é prevista a visita à criança/adolescente no meio da semana em horário que não prejudique a rotina e as atividades escolares.

¹⁴⁴ Média de mais de dois anos.

¹⁴⁵ Foi-nos facultado o acesso a um processo não pertencente ao NPI, o qual não terminou por acordo, mas por sentença. Esta adota o que foi sugerido pelo estudo social e determina que a visitação seja feita nos moldes tradicionais. Entretanto, consta da sentença preocupação com o bem-estar das crianças envolvidas (embora utilize o termo menor uma vez ao referir-se a elas), o curioso é que das 03 “crianças” apenas uma de fato o era à época em que a sentença foi prolatada, as demais de acordo com o art. 2º do ECA já eram adolescentes.

O modelo acima referido e tantas vezes repetido nos processos analisados corresponde a guarda do tipo unilateral, ou seja, aquela em que um dos genitores é nomeado guardião, cabendo ao outro uma visitação limitada, via de regra, quinzenal. Trata-se de um tipo ultrapassado de guarda em que os critérios indicativos do respeito ao melhor interesse não são respeitados, como o reconhecimento de que a criança/adolescente é a parte mais vulnerável do conflito, a preservação dos seus principais vínculos e de uma rotina estável, a qualificação do genitor-cuidador e a necessidade de que este mantenha uma relação sadia com o genitor não cuidador.

Vimos apenas um processo, dos catorze, em que se propunha a alternância da guarda entre os genitores, durante um período a criança/adolescente ficará com a mãe e em seguida passará à guarda do pai.

Nas sentenças homologatórias dos seis processos que terminaram em acordo (as quais estipulam a visitação nos moldes supra citados) não há menção alguma quanto ao bem estar da criança, ou a indicação de que as visitas se darão daquela maneira por ser ela a que melhor atende aos interesses do filho.

Tal fato muito nos surpreendeu, pois a consideração primordial do magistrado deveria ser o bem estar da criança/adolescente sobre a qual se contende, deveria o mesmo decidir baseando-se no melhor interesse, obviamente tomando por base o conteúdo do estudo social e do laudo psicológico, além da consideração das particularidades do caso a ser decidido (tudo o que foi alegado pelas partes envolvidas, os documentos trazidos ao processo).

Outrossim, constatamos a ausência de fundamentação nas referidas decisões judiciais o que viola um mandamento constitucional o qual prevê que:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

.....

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

De igual modo, o Código de Processo Civil ao dispor sobre os requisitos da sentença prevê a fundamentação como um deles:

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.” (sem grifos no original)

Por fim, o promotor de justiça, a quem cabe fiscalizar o cumprimento da lei e nas demandas envolvendo criança/adolescente verificar se os direitos destes estão sendo respeitados, sempre se mostra favorável à homologação do acordo e a impressão é a de que o objetivo principal é encerrar o processo, pois em se tratando de acordo é possível ignorar tudo o que se passou até então.

Neste sentido, um dos processos analisados nos preocupou bastante, posto que havia uma recomendação por parte da equipe técnica de que o genitor não guardião tivesse a visitação gradualmente aumentada, participando cada vez mais da vida do filho já que consistia numa necessidade da criança. Entretanto, a recomendação não foi levada em consideração e a visitação foi estabelecida nos moldes tradicionais através de acordo nos moldes já citados.

A partir do que foi dito fica claro que a preocupação com a criança/adolescente objeto do litígio e maior vítima do mesmo(no que toca aos integrantes do Poder Judiciário) fica a cargo da equipe técnica, à qual também fica a incumbência de ouvir todos os envolvidos¹⁴⁶ e verificar qual a melhor solução para o conflito, não “economizando palavras” para expressar os seus pontos de vista.

Dentre os catorze processos encontramos dois em que a equipe técnica deixa de emitir uma opinião acerca do que seria melhor para o caso, restringindo-se a repetir o verbalizado pelos envolvidos principalmente a criança/adolescente. Entretanto, tal postura não é majoritária, sendo mais freqüente a oitiva dos envolvidos e a emissão de uma opinião.

A título de ilustração da importância do papel desempenhado pela equipe técnica citamos um dos processos por nós analisado em que a avó paterna da criança propõe ação de guarda do neto, com o intuito de oficializar a situação.

¹⁴⁶ Vimos apenas um processo dentre os catorze em que a genitora não foi ouvida, por opção própria já que havia sido orientada por seu advogado a assim proceder. Ressalte-se que a mesma não estava sendo assistida pelo EMA/PUC-Rio, mas o genitor sim.

Ocorre que com a elaboração do estudo social vem à tona o fato de que, na realidade, a criança se encontra abrigada há cinco anos e que a única pessoa a visitá-la é a avó paterna.

Antes de entrevistar a criança no abrigo, o Departamento de Serviço Social do Tribunal de Justiça descobre que o abrigo não está cadastrado na 1ª Vara da Infância da Juventude e do Idoso e que, portanto, todos os que lá se encontram abrigados não tem acompanhamento pelos órgãos competentes.

Após o levantamento de todos esses fatos as assistentes sociais iniciam um trabalho de esclarecimento da necessidade do cadastro e acompanhamento da instituição e de reintegração familiar da criança, entrando em contato com a sua genitora e demais parentes do núcleo familiar materno, pois a mesma manifestou desejo de estar com eles.

Em conversa com a avó materna da criança a assistente social apurou que a iniciativa de abrigar o neto se deveu a precariedade da sua situação sócio-econômica, o medo do aliciamento pelo tráfico de drogas por residir em local de risco e o fato de conceberem a instituição como um local privilegiado para a socialização. O abrigo, no caso, acaba atuando como uma instituição total em virtude da ausência de planejamento e de fiscalização.

Felizmente após a realização de estudo social e psicológico a reintegração familiar se iniciou, tendo sido estabelecido um horário de permanência da criança com a avó materna e com a mãe, sendo estas visitas monitoradas pela psicóloga do Tribunal de Justiça. Este é um caso em que o melhor interesse foi atendido.

No que diz respeito à guarda compartilhada, nenhum dos catorze processos estudados a menciona, ao contrário do que pregam as correntes mais modernas do Direito de Família. Cremos que o fato pode se dever a maior facilidade da visitação tradicional e a menor necessidade de comprometimento das partes uma para com a outra¹⁴⁷ na criação e na rotina dos filhos.

Neste sentido, cremos que a justiça não lançou mão de todo o seu potencial de resolução de conflitos, na medida em que chancela uma paternagem/maternagem seguindo o modelo tradicional, não participante, com visitas quinzenais por parte do genitor não guardião e um comprometimento menos intenso com a rotina do filho.

¹⁴⁷ De consultar e informar a respeito de tudo o que concerne ao filho.

Todavia, nos questionamos se a não adoção da guarda compartilhada também pode se dever ao desconhecimento da mesma pelos litigantes, muito embora ela seja um tema bastante abordado pelos estudiosos do Direito de Família na atualidade e mesmo pela mídia.

Lastimamos a desconsideração da guarda compartilhada pelas partes nos processos de guarda analisados, posto que consideramos ser ela a mais representativa da aplicação do princípio do melhor interesse nessa modalidade de ação, uma vez que promove a participação de ambos os pais na vida e na educação dos filhos, evitando assim a exclusão do genitor não guardião.

Considerando a total ausência de indicação da guarda compartilhada nas ações de guarda, decidimos verificar se nos processos consensuais de divórcio e separação do EMA/PUC/RJ ela havia sido adotada, uma vez que estes consistem num acordo celebrado por ambas as partes e que além do divórcio/separação podem versar sobre a guarda dos filhos, a pensão alimentícia, a visitação e o patrimônio a ser partilhado¹⁴⁸.

Neste sentido no mesmo período em que identificamos os catorze processos de guarda – de 1997 a junho de 2007 - encontramos um total de 51 processos consensuais de separação e divórcio, dos quais:

- 17 não tratavam da guarda posto que o casal não possuía filhos em comum,
- 06 não tratavam da guarda tendo em vista que os filhos do casal já eram maiores de idade,
- 12 previam a guarda unilateral com a visitação nos moldes tradicionais,
- 15 continham a guarda unilateral com direito a visitação livre pelo outro genitor,
- 01 continha a guarda compartilhada.

Faz-se mister salientar que o processo que previu a guarda compartilhada data de 2000, época em que o instituto era bastante novo, pouco conhecido e muito criticado o que mostra pioneirismo e coragem por parte dos ex-cônjuges, já que o juiz poderia ter se recusado a proceder a homologação do acordo com base nesses fatos e alegando que a criança/adolescente poderia ficar em situação de instabilidade emocional.

¹⁴⁸ Por se tratar de processo consensual, ou seja, aquele em há mútuo consentimento entre as partes não há a realização de estudo social e psicológico.

Surpreendeu-nos positivamente, no entanto, a quantidade de processos prevendo a guarda unilateral com livre visitação pelo outro genitor, a qual a propósito superou a de guarda unilateral com visitação tradicional.

Vislumbramos na livre visitação uma tentativa de maior aproximação do filho por parte daquele que não detém a guarda. Assim sendo, a livre visitação se constituiria numa modalidade de guarda compartilhada menos evoluída, assegurando ao não-guardião acesso a criança/adolescente fora do prazo quinzenal e uma convivência mais ampla, mais consentânea com o melhor interesse.

Procuramos verificar em quantos processos o estudo social foi realizado, tendo sido positiva a resposta para 08 casos e negativa para os outros seis, ou seja, em pouco mais da metade dos processos o magistrado entendeu ser pertinente à participação das assistentes sociais.

Tal dado é bastante preocupante se levarmos em consideração, que o atendimento aos interesses e a oitiva das crianças/adolescentes por parte do Poder Judiciário nos processos estudados se deu justamente por parte da equipe técnica (assistentes sociais e/ou psicólogas). Assim sendo, se a mesma não participa do processo como fica o respeito ao princípio do melhor interesse no que toca aos integrantes do Judiciário ?

Outro fato que nos chamou a atenção foi a realização de estudo psicológico em número bastante inferior ao do estudo social, mais especificamente aquele foi elaborado em apenas 02 casos.

De acordo com os processos analisados a regra é não haver a realização de laudo psicológico, bastando o estudo social. Tal fato é muito preocupante se levarmos em consideração que a esfera emocional está sendo desprezada, como se o estudo social bastasse.

Não objetivamos de forma alguma contestar a necessidade do estudo social, o qual deve ser realizado, mas cujo objetivo é distinto do estudo psicológico.

Por outro lado, questionamos se o magistrado e o promotor têm conhecimento do que de fato representa o estudo social e o psicológico, que ambos se complementam, não se excluem, como demonstra o art. 369 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que considera tanto as psicólogas como as assistentes sociais auxiliares do juízo e prevê as mesmas atribuições dentro dos seus respectivos campos.

O art. 369 da Consolidação Normativa¹⁴⁹ e seus incisos enumeram as atribuições dos psicólogos e dos assistentes sociais, dentre eles ressaltamos os seguintes:

“Art. 369 - Incumbe ao Assistente Social e ao Psicólogo:

- I - assessorar os órgãos judiciais e administrativos, na esfera de sua competência profissional, nas questões próprias da disciplina de cada profissional;
- II - elaborar laudos e relatórios sobre os aspectos sociais/psicológicos dos jurisdicionados, os quais deverão ser apresentados à autoridade judicial;
- III - prestar orientação e acompanhamento ao jurisdicionado, articulando recursos da comunidade que possam contribuir para o encaminhamento de situações sociais/psicológicas a ele referentes, nos limites do processo;
- IV - participar, quando solicitado, das audiências, a fim de esclarecer aspectos técnicos em Assistência Social e Psicologia;
- V - empreender ações junto a problemas sociais/psicológicos evidenciados, utilizando metodologia específica das áreas de atuação;
- VI - desenvolver trabalhos de intervenção, tais como: apoio, mediação, aconselhamento, orientação, encaminhamento e prevenção, próprios aos seus contextos de trabalho;...”

Sabemos que a Divisão de Serviço Social do Tribunal de Justiça é bem mais antiga¹⁵⁰ que o Departamento de Psicologia, o qual teve o seu primeiro concurso realizado apenas em 1998.

Assim é possível que a remessa do processo apenas às assistentes sociais também possa ser explicada pelo “habitus”, ou seja, a tendência de agir de determinada forma devido a valores diversos interiorizados através de sua existência dentre eles a tradição, pois durante muito tempo foi ele o único serviço disponível.

De qualquer modo, tal atitude tem que ser modificada. Há que se fazer uma conscientização do objetivo do estudo social e do psicológico para os magistrados e promotores, pois afinal não há como falar em respeito ao princípio do melhor interesse se o emocional de crianças/adolescentes em situação vulnerável como a das disputas de guarda está sendo totalmente negligenciado.

Quanto ao modo de tratamento das crianças/adolescentes envolvidas nos conflitos de guarda, nos surpreendeu o fato do termo posse ainda ser utilizado por alguns operadores do direito, sendo que em um dos processos estudados o

149 Obtida no site <http://www.tj.rj.gov.br/cgi/legis/legis.html>, no dia 18/06/07 às 17:34.

150 O próprio Código Melo Mattos, antecessor do Código de Menores, já determinava a necessidade de sindicância social para algumas situações.

Autor¹⁵¹ da ação a denominou de “manutenção de posse”, tendo sido este posteriormente modificado por determinação judicial para ação de guarda.

Há que se salientar que manutenção de posse é uma modalidade de ação cujo objetivo é assegurar que alguém dê continuidade a posse exercida sobre um **bem imóvel**, como um terreno, quando terceiros estão tentando retirá-la invadindo-o, com o intuito de lá permanecer.

Percebe-se que se utiliza para denominar uma ação que envolve um ser humano em plena infância-adolescência a mesma nomenclatura concernente a uma ação em que se tutela uma coisa, um bem imóvel.

Pior ainda, foi verificar que o termo posse foi utilizado por um juiz em uma sentença e por um promotor de justiça.

De igual modo, encontramos o uso do termo “menor” para identificar crianças e adolescentes abaixo dos dezoito anos, que embora revogado pela Constituição Federal de 1988 e pelo ECA ainda se faz bastante presente na amostra analisada.

Consoante BERGER e LUCKMANN (2002) a linguagem escrita nos permitiria o acesso ao acervo de conhecimento de determinado indivíduo e a comunicação entre os seus pares. Os mesmos autores esclarecem que o conhecimento não é um produto acabado, mas algo que sofre transformações através dos tempos.

Entretanto, no caso comentado nota-se uma estagnação do conhecimento, ou seja, a sua desatualização, que faz com que se trate da guarda de criança/adolescentes como se fazia há vinte anos atrás, um habitus.

5.3

Análise comparativa de processos

Numa tentativa de melhor entender a diferença entre os processos nos quais a equipe técnica atuou e aqueles nos quais isso não ocorreu, selecionamos 03 deles dentre os catorze processos de guarda encontrados, os quais foram inteiramente relatados, para fins de análise e comparação. Em respeito ao segredo de justiça, todos os atores serão identificados por letras aleatórias.

151 Neste caso o NPJ advogou para o Réu

Nesta seleção optamos por separar processo que incluíssem parecer de apenas um técnico, parecer de dois técnicos e nenhum parecer técnico. Foram poucos os processos encontrados. Considerando a riqueza e complexidade de detalhes abordados selecionamos um processo de cada categoria.

A opção pelo critério de comparação referido se deveu a importância da participação dos técnicos nos catorze processos analisados, tendo sido eles os únicos a ouvirem as crianças/adolescentes envolvidos nos conflitos e se preocupado com o seu bem-estar respeitando o princípio do melhor interesse.

Diante disso, quisemos verificar quais as consequências para as partes envolvidas e em especial para aqueles cuja guarda se disputa quando o Serviço Social e a Psicologia não são chamados a participar do processo, ou quando apenas um deles atua.

- Caso nº 01 – com estudo social

- data de protocolo da petição inicial 25/03/97:

Genitora A

Genitor C

Crianças B

Sra. A procurou o EMA/PUC-RJ para propor medida judicial visando obter a guarda de sua filha B(07 anos) tendo em vista que seu ex-marido, C, levou esta última para a visitação e deixou de entregá-la nos dias e horários convencionados, ficando “desaparecida” e a genitora sem notícias.

A teve suas preocupações agravadas após tomar conhecimento de que seu ex-marido fora preso em um dos seus desaparecimentos em decorrência de uma briga.

O processo foi remetido a Divisão de Serviço Social para a realização de competente estudo. Neste a assistente social relata que a Sra. A sofreu maus tratos por parte de seu ex-marido, o que a levou a deixar o domicílio conjugal e ir viver com uma irmã, após o que conseguiu um emprego e levou a sua filha.

Relata a Sra. A que permitia a visitação de B por parte de seu genitor, até que em determinada oportunidade este levou a criança e não retornou. Após 08

dias a criança foi devolvida mediante ameaça de que caso houvesse denúncia ela desapareceria de vez.

Após o fato a Sra. A soube que C fora preso em outro estado, tendo ele retornado a esta cidade por mais uma vez e posteriormente ido para outra região do País.

A Sra. A informa que C sempre foi um bom pai e que a criança sente falta dele.

O parecer do Serviço Social é no sentido de que a Sra. A possui condições “*afetivas, familiares e materiais*” de criar B(além de já deter a guarda de fato) e que a criança mostrou estar bem em companhia da mãe.

Em audiência foi deferida a liminar de guarda à genitora, tendo em vista o comportamento perigoso e instável de C. Nesta ocasião C não esteve presente porque ainda não havia tomado ciência do processo. A Sra. A informou ainda que não sabia o endereço dele, pois não tinha mais contato com o mesmo, mas que através de terceiros ouvira dizer que ele se encontrava na cidade X, em virtude do que seria ele citado por edital.

Foi feita a citação por edital e o processo foi enviado para o Curador Especial (o responsável por defender aqueles que se encontram em lugar incerto e não sabido), que solicitou a nulidade da citação editalícia uma vez que não haviam sido esgotados os meios de localização de C.

Posteriormente foram expedidos ofícios para diversos órgãos com o objetivo de obter algum endereço de C.

Em manifestação o Curador Especial ressalta a impropriedade da medida judicial adotada, a não comprovação dos fatos alegados contra C pelo que requer a revogação da liminar deferida e a improcedência do pedido.

O EMA/PUC/RJ se manifesta em seguida e informa que já houve tentativa de citação de C em outro processo, que houve comprovação do seu mau comportamento e que o parecer do estudo social se mostra favorável à concessão da guarda à genitora.

É expedido um mandado de citação de C (para que este tome ciência do processo) para endereço obtido em um dos ofícios, mas o mesmo é negativo, pois C não reside mais no local.

O processo ficou paralisado de 23/11/99 a 16/03/01, não havendo menção do motivo. Há uma petição do EMA/PUC/RJ protocolada em 04/02/02 fazendo

um breve retrospecto do que ocorreu até então e requerendo a suspensão do feito até a decisão da ação de divórcio proposta pela Sra. A.

Em 10/09/03 é proferida sentença no processo de Divórcio a qual defere a guarda definitiva de B à A. Não há processos posteriores envolvendo as mesmas partes.

- Caso nº 02 – com estudo social e psicológico

- data de protocolo da petição inicial 20/07/99

Genitora Y

Genitor X

Criança Z

Sr. X propõe ação de manutenção de posse em face da Sra. Y, sua ex-companheira, com o fito de obter a guarda da criança Z (05 anos). Alega para tanto que após a separação o ex-casal convencionou que esta ficaria com a Ré.

Após curto lapso de tempo esta solicitou ao Autor que ficasse com a guarda da criança, pois estava estruturando a sua vida e não tinha condições para assumir a responsabilidade, tendo a guarda se invertido.

O advogado ao falar sobre a reversão da guarda, o faz como se estivesse lidando com um objeto, até a nomenclatura utilizada é a utilizada para coisas e não para seres humanos (um exemplo é a tradição: entrega do bem, turbção: distúrbio da posse). Percebe-se que o próprio nome declinado para a ação, manutenção de posse, é equivocado, impróprio e apenas usado para ações que versam sobre bens imóveis.

Que recentemente o Sr. X começou a ser perturbado pela Sra. Y acompanhada de algumas pessoas que se diziam policiais e oficiais de justiça e que o instavam a entregar Z.

Por fim, o Sr. X requer a concessão de medida liminar de “manutenção na posse e guarda da menor” e a cessação do direito de visitas por parte da Sra. Y (ou a sua realização mediante monitoramento) uma vez que o temperamento agressivo desta acarretaria más conseqüências a Z.

Em seguida o Sr. X peticiona alterando o nome da ação e o pedido atendendo a determinação judicial (sob pena da petição inicial não ser aceita), passando a ação a denominar-se de guarda.

Uma vez ciente da ação a Sra. Y se defende nos seguintes termos: entregou a filha ao Sr. X embora tivesse obtido a guarda porque passava por sérios problemas financeiros e o mesmo não estava pagando a pensão de Z, e que na ocasião ficou convencido que tão logo Y se restabelecesse retomaria a guarda de sua filha. Quando objetivou fazê-lo o Sr. X não permitiu e após uma discussão sumiu por mais de 20 dias, só conseguindo recobrar a guarda da criança com o auxílio policial após seguir X.

Ao final requer a improcedência do pedido ressaltando a tese de que Z é uma criança pequena e que deve ficar com a mãe, inclusive porque o genitor já constituiu nova família, sendo também pai de um bebê.

No Estudo Social após o relato da história de X e Y (fatos estes que se encontram acima citados) a assistente social passa a narrar as informações da criança.

Afirma a assistente social após a visita domiciliar que a criança se mostra muito entrosada e satisfeita em viver junto ao núcleo familiar materno (genitora e avós). Por outro lado, suas observações em relação ao genitor são de descontentamento, informando que não quer ir à residência do mesmo.

Entretanto, quando a assistente social observou Z e seu genitor juntos verificou um ótimo relacionamento entre eles, afetuoso inclusive.

A assistente social entrou em contato com a escola em que Z estudou enquanto esteve morando com o pai, a qual informou que a criança obteve bom rendimento durante o período, tendo sido acompanhada apenas pelo genitor. Ressaltou-se ainda que Z deixou o referido estabelecimento de ensino após ter ido morar com a mãe.

No que toca à escola na qual Z se encontrava matriculada a genitora apresentou à assistente social avaliação escolar e psicológica lá realizadas.

O parecer do Serviço Social foi no sentido da manutenção da guarda pela mãe, em virtude desta possuir condições de criar a filha e de não ser aconselhável alterar a rotina de uma criança de 05 anos de idade.

Ressalva-se, no entanto, a necessidade de se ampliar a visitação por parte do genitor, possibilitando “uma ampla convivência” entre pai e filha.

Segue em anexo ao estudo social a avaliação psicológica de Z realizada pela escola na qual estuda. Neste Z é inicialmente apontada como uma criança “segura, esperta, carinhosa”, dentre outras qualidades e que posteriormente ela apresentou mudanças de comportamento, apresentando-se insegura, agitada, chorosa e afirmando que tinha medo do pai. Diante disso, a psicóloga sugere o acompanhamento pessoal da criança por uma profissional fora da escola.

Acostou-se ao processo um novo estudo social mais extenso e realizado 08 meses depois, no qual foram entrevistados a criança junto com a genitora e com o genitor e na escola onde estuda. Finalmente a assistente social visitou a escola onde a criança estudou.

Na entrevista com Y esta relata à assistente social fatos já narrados como o de haver entregado a filha a X por falta de condições financeiras. Na entrevista com X este afirma que teve uma relação tumultuada com Y, que passou a ter a criança em sua companhia após encontrá-la em estado de negligência em uma visita, que Y não tem interesse na filha, que somente requereu a guarda de Z para deixá-la com a avó materna, pois trabalha o dia inteiro. Ele, por outro lado, afirma que poderia se dedicar mais à criança, pois possui um horário de trabalho mais flexível, além de poder contar com o apoio da atual companheira que não trabalha fora.

Na atual escola da criança a assistente social foi informada pela professora que Z apresenta mudanças de comportamento após retornar das visitas com o pai, além de verbalizar que apanha dele, tendo o fato sido comunicado a Y que não se manifestou a respeito.

Finalmente, afirma-se que Z apresenta-se bem tratada à escola (que possui boas instalações), interage bem com os colegas e estava obtendo bom desempenho.

Z, em sua entrevista com a assistente social, informa que se sente bem na escola, que gostaria que o pai e a mãe estivessem juntos, nega a ocorrência de maus-tratos por parte de ambos e disse que gosta de passar os finais de semana com X.

Nesta ocasião X compareceu à escola da filha, na qual nunca havia estado, e esta reagiu muito bem à visita tendo ido ficar com o pai.

A assistente social também se dirigiu à antiga escola onde Z estudou, na qual foi informada de que a criança comparecia apresentando traços de

negligência quanto à higiene, roupas sujas além de não levar outras para trocar após o banho. Ressalta-se ainda o fato da instituição ser pequena e de qualidade inferior à atual.

Finalmente, o parecer social anterior é reiterado tendo em vista que a criança embora com pouca idade já passou por duas grandes mudanças: a ida para a casa de seu pai e após 03 anos o retorno para a casa de sua mãe, o que se mostra muito difícil inclusive porque o relacionamento entre os genitores é hostil.

Ressalta que é comum que crianças apresentem mudanças de comportamento no período pós-separação após visitar os genitores, o que não implica necessariamente em maus tratos.

Finalmente, a assistente social sugeriu a ampliação dos horários de visitação que se faz nos moldes tradicionais e a realização de estudo psicológico.

Após os advogados de ambas as partes se manifestaram sobre o estudo social nos seguintes termos:

- o de X asseverando que a assistente social coloca o genitor como pessoa apta a exercer a guarda da filha, o que poderia ocorrer atentando-se para os cuidados psicológicos que Z deveria receber,
- o de Y faz um retrospecto deste processo e menciona ainda outras ações propostas por X contra Y (outra ação de “posse” e guarda e uma ação de modificação de cláusula visando diminuir o valor da pensão alimentícia de Z), o atraso na pensão e a alegação de preocupação com a filha é apenas aparente pois apesar de ter autorização para busca-la na escola jamais o fez, pelo que Z deve permanecer sob a guarda da mãe.

Em maio de 2001 foi realizada uma audiência na qual não houve conciliação, Y informa que foi encaminhada pela assistente social a procurar uma instituição na qual estava sendo realizado estudo psicológico da criança e o qual só poderia ser liberado mediante autorização judicial, o que foi determinado pela juíza. Ainda nesta audiência ambas as partes abriram mão de produzir prova oral (ou seja a realizada através de testemunhas).

Em seguida, X junta ao processo documentos em especial cópias da agenda escolar que demonstram que Z não trouxe o material adequado, que a genitora deve fazer os deveres atrasados, etc, além do laudo psicológico realizado

pela instituição mencionada na audiência cujo parecer é no sentido da criança permanecer em acompanhamento terapêutico¹⁵².

A advogada de Y informa que a não realização dos deveres da criança se deu após as visitas paternas e que havia sido realizado acordo na ação de modificação de cláusula em que a pensão foi reduzida para 60% de um salário mínimo. Finalmente, ressalta que X não reúne condições melhores que as de Y para cuidar da criança.

Posteriormente, ambas as partes solicitam a realização de prova oral, depoimento de Y, de Z e de testemunhas.

O processo é remetido para a realização de estudo psicológico cujo parecer é no sentido de que a guarda não deve ser alterada pois a criança está bem adaptada às atuais condições, devendo a visitação paterna, no entanto, ser ampliada aumentando com o convívio com o genitor. Ressalta o fato de que Z não fica mais em período integral na escola passando parte do dia com a avó materna, a qual não trabalha mais fora, pois a situação financeira de Y melhorou. X informa que permanece na mesma situação, possuindo dificuldade de visitar a filha.

Em sua entrevista com a psicóloga Y relatou sua história com X e o nascimento de Z. Segundo a genitora, em uma oportunidade a avó paterna da criança a procurou para informar que esta estava sendo maltratada pela companheira de X, que este diz para a filha que quando completar 07 anos de idade terá de dizer para o juiz se deseja morar com ele, o que causa apreensão a ela. Outrossim, é afirmado que Z se vê obrigada a dizer que gostaria de viver com o pai, caso contrário este fica bravo com a filha.

X ao ser entrevistado pela psicóloga relata os mesmos eventos e desentendimentos com Y, culpando-o inclusive por ele haver fugido com a criança, dizendo que o fato se deveu a uma briga com aquela.

A criança, por sua vez, reconhece que seus pais possuem novos companheiros e que a reconciliação entre eles não é mais viável. Afirma, de igual modo, que cada um de seus genitores lhe diz o que ela deveria falar na entrevista e que ela tenta se manter distante do conflito.

152 O motivo apresentado para o comparecimento à entidade foi o de nervosismo de Z.

Em seu parecer a psicóloga assevera que os genitores possuem um relacionamento com intenso grau de conflito, o qual está prejudicando o desenvolvimento de Z e que cada um imputa ao outro a culpa pelas dificuldades emocionais da filha quando são ambos os causadores.

Outrossim, informa que a hostilidade dos genitores impede que a criança manifeste o afeto que sente pelo outro genitor e que embora digam que não, ficando tentando boicotar a imagem do outro gerando um intenso sofrimento para Z. Esta por sua vez adequa o seu comportamento conforme o local em que está: no ambiente paterno ou materno, “dividindo-se” no intuito de agradar ao pai e à mãe, sem que possa compartilhar com eles seus reais sentimentos.

Na opinião da psicóloga os pais devem melhorar a qualidade da sua relação, tornando-a mais tranquila (e menos violenta), pois é isso que irá amenizar a ansiedade de Z.

Finalmente, sugere uma avaliação psicopedagógica para que se apure as causas das dificuldades escolares e acompanhamento psicológico para os genitores, posto que de nada adianta tratar a criança se ela retorna para o ambiente de conflito.

Y concorda com o laudo psicológico e pleiteia uma vez mais a não reversão da guarda, X, por sua vez, não se manifestou.

Em maio de 2002, é realizada uma audiência em que as partes celebram um acordo, no qual Y fica com a guarda de Z e X com o direito de visitar esta última, seguindo-se o modelo tradicional de visitação, muito embora se diga que ela foi ampliada.

Não foram encontrados processos posteriores.

Caso nº 03 – Sem estudo social ou psicológico

- data de protocolo da petição inicial: 17/03/05

Genitora H

Genitor I

Crianças J (sexo masculino) e L (sexo feminino)

Sra. H procura o NPJ com o intuito de propor ação de guarda de seus filhos com pedido de concessão de guarda provisória em face do seu

ex.companheiro (estrangeiro) e com quem viveu por dez anos, pois teme que ele se evada do País com as crianças.

Relata que durante o período em que viveu conjugalmente com I não exerceu atividade laborativa para dedicar-se integralmente aos filhos.

Em um dado momento foi surpreendida com a decisão de I de se separar dela, iniciando-se a partir de então uma fase em que H sofreu humilhações e privações materiais, sendo as discussões uma constante, acarretando alterações de comportamento nos filhos.

I sugeriu a H que saísse de casa e deixasse as crianças, com o que H não concordava mesmo porque se encontrava no exterior, não tendo parentes ou amigos a quem pudesse recorrer, além de não possuir recursos para se manter.

H procurou orientação jurídica junto a Embaixada Brasileira, onde foi aconselhada a retornar ao Brasil. Assim sendo, após a conclusão das atividades escolares dos filhos H resolver retornar a este País com a roupa do corpo e poucos pertences, conseguindo que uma amiga custeasse as passagens.

Desde o regresso ao Brasil H e seus filhos passaram a residir com a avó materna, tendo aquela registrado ocorrência na delegacia das agressões praticadas por I, por duas vezes.

H ressalta que não teve a intenção de se ocultar, pois desde que retornou entrou em contato com I, informando-lhe o seu paradeiro, sendo que este chegou a vir ao Brasil para visitar os filhos, tendo dito na oportunidade que viria buscar as crianças e as levaria embora mesmo sem autorização.

Finalmente, H informa que acredita ser a pessoa que reúne melhores condições de exercer a guarda de J e L, embora possua menos recursos que I, tendo começado a trabalhar e contando com a ajuda de sua mãe para prover as necessidades dos filhos. I, por outro lado, não é responsável tendo deixado de participar da rotina da família e negligenciado o dever de assistência material, moral e educacional dos mesmos (o retorno ao Brasil ocorrera há alguns meses e I não contribuiu com nada).

Outrossim, afirma que os filhos não demonstraram interesse em viver com o pai, embora reconheça o direito a visitação entre eles.

O processo foi enviado para o juiz que o remeteu ao promotor que informou que se manifestaria sobre a concessão da guarda provisória após a citação de I¹⁵³.

Durante toda a duração do processo o juiz jamais deferiu a guarda provisória pleiteada por H.

Posteriormente a advogada de H informa que I se encontra temporariamente residindo nesta Cidade e solicita a imediata citação dele, isto porque a ciência do processo em outro país envolve um processo muito burocrático e demorado.

Em virtude da demora na expedição dos documentos pertinentes, I não estava mais no Brasil quando foi procurado.

Seis meses depois foi protocolada nova petição requerendo que I fosse citado em um município deste Estado onde estava passando alguns dias.

A citação foi realizada neste outro município e o mesmo compareceu a audiência designada para a ação de alimentos que H também havia proposto contra I.

Na audiência, ocorrida em dezembro de 2006 foi celebrado um acordo que englobava a ação de alimentos e a de guarda. No atinente a esta se estabeleceu que ela permanecerá com H até que ambos os filhos completem 13 anos de idade, quando será transmitida a I, que reside no exterior.¹⁵⁴

Enquanto H estiver com a guarda, I terá direito de tê-los em sua companhia durante as férias escolares de verão e de inverno, invertendo-se a situação após as crianças completarem 13 anos.

Há que se salientar que a carta rogatória¹⁵⁵ é tão burocrática que muito embora o processo tenha durado um ano e nove meses I não chegou a recebê-la.

A advogada do EMA/PUC/RJ chegou a se corresponder por e-mail com I numa tentativa de obter um acordo que colocasse fim às ações de guarda e de alimentos, contudo não se chegou a um consenso.

Não foram encontrados processos posteriores.

153 Ato em que o Réu toma ciência de que foi proposta uma ação contra ele, muitas vezes esse ato é realizado por oficial de justiça.

154 H autorizou a ida dos filhos para o país em que I estiver domiciliado.

155 Processo para citar alguém no exterior.

Comparando-se os três processos relatados notamos que as crianças, objetos de disputa nos litígios, apenas foram ouvidas nos casos 1 e 2, uma vez que somente nesses houve intervenção da equipe técnica (no caso 1 da assistente social e no caso 2 desta e da psicóloga).

Ambos os casos refletem o que se passou nos demais processos de guarda analisados, tendo os integrantes do Judiciário desprezado a criança/adolescente aos não ouvi-las com o fito de conhecer os seus desejos.

Dessa forma, cremos que apenas se pode falar em melhor interesse para os casos 1 e 2. Quanto ao caso 3, o que pudemos notar foi um acordo por parte de uma genitora receosa, e a que possuía as seguintes opções: ou aceitava o que estava sendo proposto ou continuaria sem receber nenhum tipo de auxílio de seu cônjuge, com o agravante de haver recentemente regressado a este País e se encontrar à margem do mercado de trabalho, e tentando manter a si e a seus filhos com o auxílio da avó materna das crianças e de atividades informais.

Muito embora tenha sido celebrado o acordo acreditamos que a equipe técnica teria auxiliado muito com os seus pareceres, pois a mudança nos padrões de vida, as preocupações financeiras da genitora, a distância do pai e o abandono abrupto e clandestino da residência familiar certamente afetaram as crianças.

Discordamos da não atuação da equipe técnica nos processos consensuais, bem como naqueles em que um acordo é realizado pouco tempo após a propositura da ação. Nos primeiros porque o só fato do consenso não é sinônimo de total ausência de conflito, como advogada tivemos oportunidade de trabalhar em acordos de divórcio e separação cuja negociação perduravam por semanas, justamente devido as “questões” existentes entre os cônjuges.

Como já salientamos a preocupação do Judiciário não deve ser apenas relativa ao término do processo, mas de auxiliar os jurisdicionados a resolver as questões pendentes, caso contrário é possível que elas aflorem sob a forma de uma outra ação cuja razão de ser é um conflito mal resolvido. No meio jurídico costumamos brincar afirmando que os processos da área de família, são como esta, eles se reproduzem.

Note-se que o art. 369 da Consolidação Normativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual versa sobre as atribuições do assistente social e do psicólogo, prevê o encaminhamento e orientação daqueles que procuram o Judiciário no seu inciso III:

“III - prestar orientação e acompanhamento ao jurisdicionado, articulando recursos da comunidade que possam contribuir para o encaminhamento de situações sociais/psicológicas a ele referentes, nos limites do processo”.

Outrossim, o inciso VI deste mesmo artigo determina que o assistente social e o psicólogo devem:

“VI - desenvolver trabalhos de intervenção, tais como: apoio, mediação, aconselhamento, orientação, encaminhamento e prevenção, próprios aos seus contextos de trabalho.”

A partir do material analisado percebemos a violação destes dois incisos do art. 369 da Consolidação Normativa quando a equipe técnica não intervém, sem mencionar a infração ao princípio do melhor interesse.

Reconhecemos a escassez de pessoal no Tribunal de Justiça para a realização do trabalho, realidade que também percebemos no setor em que trabalhamos, a Central de Mandados que congrega todos os oficiais de justiça do Fórum Regional de Campo Grande. Entretanto também não há interesse na contratação de mais servidores, pois neste momento a preocupação é a observância das metas impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, as quais foram quase violadas pela chamada de muitos dos concursados em curto período de tempo.

Acreditamos, de igual modo, que exista um “habitus” por parte dos juízes de recorrerem à equipe técnica apenas nas situações de litígio e não nas de consenso, ou quando da realização de um acordo quando o processo ainda é recente, pois esta é a praxe.

Ao compararmos o caso 1 com o caso 2 notamos uma diferença gritante na qualidade dos estudos sociais elaborados, sendo o deste último de qualidade bastante superior ao do 1. A diferença de qualidade salta aos olhos até mesmo de quem como nós não possui formação em Serviço Social.

O estudo social do caso 1 foi mais sucinto tanto no relatório quanto no parecer, já os do caso 2 foram muito mais extensos tendo a assistente social inclusive, se dirigido até a escola onde a criança estuda e àquela na qual havia estudado para entender a sua realidade. A maior extensão do estudo do caso 2, não está relacionado com o fato de terem sido realizados dois pareceres técnicos, pois ambos foram mais ricos em detalhes que o do caso 1, sendo que o segundo estudo, embora tenha ratificado o primeiro, lhe acrescentou muito.

Ressalte-se que no caso 2, o genitor nunca havia ido à escola onde sua filha estudava, embora tivesse até autorização para ir buscá-la na saída. Foi justamente quando da elaboração do estudo social que ele se dirigiu à instituição (cremos que a pedido da assistente social) e encontrou a criança, podendo a profissional observar a interação entre ambos.

Frise-se, ainda, que foi a assistente social do caso 2 que, após realizar o estudo, sugeriu a elaboração do estudo psicológico, o qual foi bastante elucidativo e recomendou, por sua vez, uma avaliação psicopedagógica e o acompanhamento terapêutico de todos os envolvidos.

Quanto aos critérios adotados pelas assistentes sociais para dar o seu parecer notamos a repetição dos mesmos já indicados no capítulo 2 como consentâneos com o princípio do melhor interesse.

No caso 1 os critérios elencados foram: o forte vínculo entre a genitora e a filha, o afeto e as condições financeiras. No caso 2, por sua vez, foram elaborados dois estudos sociais tendo o primeiro sugerido a manutenção da guarda pela genitora uma vez que esta possuía condições para tanto e de modo a que fosse preservada a rotina da criança, devido a sua pouca idade.

Cremos, a partir do inteiro teor do estudo social, que quando a assistente social se referia a “ter condições” ela queria dizer condições afetivas e situação financeira.

O segundo estudo social do caso 2 reitera o parecer do primeiro e enfatiza a necessidade de se manter a rotina da criança, a qual com pouca idade passou por duas mudanças de guarda, não se recomendando uma terceira que poderia ser mais traumática.

Verificamos, portanto, a repetição dos critérios sinalizados no capítulo 2 tendo sido aqui utilizados: a manutenção da rotina, o vínculo, o afeto e uma condição financeira compatível, todos condizentes com o princípio do melhor interesse.

Quanto à forma de finalização dos processos percebemos que houve acordo tanto no caso 2 como no caso 3, tendo sido prolatada sentença no caso 1. Considerando-se a alta incidência de acordos nos questionamos se também não haveria acordo caso o genitor do caso 1 não estivesse em local incerto e não sabido.

A celebração de acordo no caso 3 é até compreensível pois, como já mencionado acima, a genitora estava passando por inúmeras dificuldades como a inserção no mercado de trabalho, a subsistência dos filhos sem nenhum auxílio do genitor e a distância deste último.

Assim sendo, cremos que a mesma tenha ficado temerosa de rejeitar o que fora por ele proposto e acabar sem nada. Vale lembrar que mesmo que houvesse sido arbitrado um valor de pensão alimentícia pela justiça brasileira, caso o genitor não efetuasse o pagamento a sua cobrança ficaria bastante prejudicada em virtude do devedor residir em outro país, tornando os entraves burocráticos ainda maiores.

De igual modo, no tocante à guarda é importante estabelecê-la definitivamente para o genitor que aqui reside, evitando com isso que o outro se evada com os filhos para o exterior, pois o regresso mediante ordem judicial a ser executado em outro país é muito mais complicado.

Por outro lado, o acordo do caso 2 nos surpreendeu bastante uma vez que o processo já se estendia por mais de dois anos com um alto grau de litigiosidade, estando o relacionamento entre os genitores muito conflituoso, tendo sido elaborados dois estudos sociais, um estudo psicológico e recomendado acompanhamento psicológico para a criança e para os pais.

Eis que então surpreendentemente na audiência obtém-se um acordo em que a guarda permanece com a mãe e a visitação se realiza nos moldes tradicionais (embora se afirme que ela foi ampliada, consoante sugestão do estudo social).

Diante disso, cremos que se aplicam ao caso 2 os motivos acima indicados para a celebração do acordo: a longa duração do processo e a insistência por ocasião da audiência.

A partir da análise comparativa entre os casos 1, 2 e 3 notamos um evidente prejuízo para as partes que litigam e sobretudo para as crianças e adolescentes nos casos em que a equipe técnica não atua.

Nas situações em que os psicólogos e assistentes sociais não são chamados a elaborar seus pareceres as crianças e adolescentes não são, em regra ouvidos, sua opinião é desconsiderada, como se não integrassem o processo e não fossem a parte mais vulnerável deste.

Os acordos “padrão” realizados além de não promoverem a oitiva dos filhos desconsideram as peculiaridades do caso concreto, nivelando todos os litigantes e abrindo margem para o descumprimento ou mesmo para a abdicação da condição de genitor, pois o convívio do não guardião com a prole é muito escasso, inexistindo estímulo para o seu fortalecimento.

Assim sendo, em situações como essas não há que se falar apenas em violação do princípio do melhor interesse¹⁵⁶, mas do ECA como um todo. Há infração da proteção integral, pois proteger sem que se ofereça ao protegido a oportunidade de se manifestar é no mínimo fazê-lo de modo parcial e não total; da prioridade absoluta, porque não existe prioridade quando o priorizado é ignorado.

Entretanto, essa desconsideração do ECA por parte de alguns juízes de Vara de Família não se constitui em fato novo, pois ROCUMBACK (2005) em sua pesquisa apurou justamente isso¹⁵⁷, em virtude do que teria que se mostrar aos magistrados que existe um diálogo possível e necessário entre o ECA, o Código Civil e os processos de Vara de Família.

156 O interesse nesses casos é pôr fim a ação.

157 ROCUMBACK (2005). A autora verificou em sua pesquisa que ou os juízes desconhecem o ECA ou acreditam que ele deva ser aplicado apenas as Varas da Infância, Juventude e Idoso.