

Introdução

O interesse pelo estudo da aplicação do princípio do melhor interesse nos processos de guarda surgiu quando do exercício da advocacia na área do Direito de Família há cinco anos atrás. Nessa época já se encontrava em vigor há onze anos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Lei 8069/90, diploma legal que operou uma mudança de paradigma passando a considerar a população infanto-juvenil sujeito de direitos, ou seja, seres possuidores de vontade e de desejos que deveriam ser respeitados. Com o advento do ECA, as crianças e adolescentes não eram mais considerados uma mera extensão da vontade dos adultos, que podiam manifestá-la e executá-la como melhor lhes aprouvesse.

Na qualidade de operadora do Direito, quando estávamos lidando com a realidade do Poder Judiciário, ou seja, a dos processos que tramitavam no Fórum Central com a participação de juízes e promotores, percebíamos que muito embora tivesse havido uma grande evolução em termos legislativos, o ideal desta nova legislação não estava sendo colocado em prática, ocupando-se o aplicador apenas do sentido literal da mesma.

Em suma, tínhamos motivos para acreditar que a mudança havia se operado formalmente, mas não de fato. Com isso queremos dizer que muito embora as alterações houvessem ocorrido no papel (existem formalmente), as mesmas não haviam sido incorporadas à prática do Poder Judiciário, ou seja, não estavam sendo aplicadas ou por desconhecimento, comodismo ou por falta de vontade daqueles que deveriam fazê-lo.

Assim sendo, o Direito enquanto forma de resolução de conflitos no âmbito das relações familiares não bastava, pois de nada adianta que o problema esteja formalmente solucionado e afetivamente latente.

A disparidade dos discursos existentes nos processos chamava nossa atenção principalmente naqueles em que crianças e adolescentes encontravam-se envolvidos, como por exemplo, nas ações de guarda e alimentos. Existia o discurso explícito em que ambas as partes chegavam a um consenso, faziam concessões recíprocas e punham termo à controvérsia, e o discurso implícito composto pelas angústias e ressentimentos mútuos que compunham a história

peçoal dos envolvidos, as quais não se finalizavam com o acordo o qual seria rompido na crise seguinte, provavelmente dando ensejo a um novo processo.

Outrossim, percebíamos¹ na nossa prática como advogada a utilização dos filhos como moeda de barganha nos momentos da separação, sem que houvesse grandes preocupações com as conseqüências para o seu psiquismo. Assim sendo, quando a genitora pensava em propor uma ação de alimentos em face do genitor, este ameaçava propor uma ação de guarda dos filhos para não ter que pagar a pensão.

Os filhos também eram utilizados como meio de atingir o outro ex-cônjuge quando este fizesse algo que desagradasse. A ameaça poderia se dar da seguinte maneira “ou você paga aquela despesa conforme combinamos, ou então não vou te deixar pegar as crianças para a visitação neste final de semana”.²

Desse modo, os filhos eram manipulados e utilizados por seus genitores da forma que melhor lhes favorecesse e sofriam com as conseqüências destas, pois tinham sido ali colocados por motivos alheios à sua vontade.

Felizmente nos escritórios de advocacia em que trabalhamos a idéia sempre foi o estabelecimento do diálogo entre as partes, a obtenção do consenso quando possível e a preservação dos filhos. Entretanto, reconhecemos que esta não era a regra, pois há muitos colegas que pautam a sua conduta em exata consonância com os desejos do cliente, sem estabelecer nenhum limite.

Tivemos, inclusive, oportunidade de presenciar situação na qual o genitor, cuja intenção era rever o valor da pensão alimentícia pago à sua filha, quis se valer do testemunho desta para provar que sua ex-esposa estava realizando gastos desmedidos. Na ocasião ele foi instado a procurar outro escritório que não se importasse de trabalhar daquela forma.

Quanto às decisões de guarda, muito embora com a evolução dos tempos existisse um maior número de guardas deferidas ao pai, essas iniciativas se mostravam tímidas. Verificava-se, por parte dos juízes, os responsáveis pela decisão, uma certa preferência pela mãe “aquela que sabe mais do que ninguém o

1 Quando realizávamos o atendimento dos clientes antes da propositura das ações

2 A exemplo do que comentamos na nota anterior, as falas em questão nos eram transmitidas quando dos atendimentos que antecediam a propositura da ação, na seguinte circunstância “fulano disse que vai entrar com uma ação de guarda caso eu continue com a idéia de cobrar uma pensão alimentícia”.

que é melhor para o seu filho”, verdadeiro corolário do mito do amor materno.(Badinter, 1985)

Como em grande parte das vezes os operadores do Direito³ não estavam capacitados para receber e ouvir as crianças e jovens, quando os mesmos compareciam à audiência eram ouvidos na presença de seus pais, por vezes forçados a tomar uma posição e utilizados como meio de atacar um ou outro. Ao não ouvirem as crianças e jovens em separado os profissionais do Direito nessas situações davam eco à violência institucional ao invés de impedi-la proibindo, por exemplo, que um filho fosse usado para testemunhar contra o seu pai/mãe.

Diante dessas observações e decorridos 15 anos do advento do ECA surgiu-nos a idéia de analisar as decisões judiciais, para verificar se as mudanças legislativas foram de fato apreendidas.

Com o advento da doutrina jurídica da Proteção Integral, crianças e adolescentes deixaram de ser objeto das relações jurídicas, para serem sujeitos de direitos, passando, outrossim, a serem considerados seres em condição peculiar de desenvolvimento, e por conseguinte, possuindo prioridade na realização das políticas públicas.

Desta forma, há que se rever o espaço destes novos sujeitos na sociedade, permitindo sempre a sua participação, pois de simples coadjuvantes passaram a personagens principais, titulares de direitos fundamentais, o que lhes conferiu a faculdade de serem ouvidos nas situações em quem esteja envolvido.

Crianças e adolescentes em peculiar condição de desenvolvimento devem merecer de todos os membros da sociedade e especialmente da família, os cuidados assegurados por lei, atentando-se para o fato de que nem sempre a família é um espaço de afeto e proteção podendo nela ocorrer a concretização de relações de subjugamento, conjugando relações de poder entre dominante e dominado, este último representado quase sempre pela criança/adolescente, ou às vezes pela mulher.

O Brasil, inovando entre os países da América Latina, incluiu em sua Constituição Federal os direitos da criança e do adolescente, através do art 227:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de

³ Aqueles que fazem do Direito a sua profissão. Nesse conjunto estão incluídos os advogados, os juízes e os promotores.

toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Este artigo é considerado pela doutrina internacional como a síntese da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente revogou a Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular, a qual oferecia proteção somente àqueles que estivessem abandonados e desprotegidos, tratados indistintamente de “menores”, ocupando um papel passivo no ordenamento jurídico brasileiro.⁴

Com a ascensão da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, que ao contrário da anterior, não se restringe a um só segmento da sociedade; toda a população infanto-juvenil passou a receber atenção especial, com base numa trilogia de direitos – liberdade, respeito, dignidade, - sem prejuízo daqueles elencados no art. 227 da Constituição.

Por determinação do art. 3º da Convenção acima referida foi adotado o princípio do “melhor interesse da criança”, o qual leva em conta principalmente o que lhes seja mais benéfico de forma a viabilizar um crescimento o mais sadio possível.

Nas palavras de Maria Santos Pais (1999) a Convenção Internacional dos Direitos da Criança é um programa integrado holístico, enriquecido por quatro princípios gerais que constituem a sua base e um ponto de referência sobre o qual cada direito individual deve ser protegido e respeitado. Os princípios são: a sobrevivência e o desenvolvimento; a ausência de discriminação; a participação da criança e o melhor interesse da criança.

Embora reconheçamos que todos os princípios acima foram considerados quando da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, optamos por abordar apenas o último dos elencados, qual seja o do melhor interesse, por ser o mesmo um dos pilares do Estatuto, cuja importância refletiu-se por toda a Lei 8.069/90.

Ao realizar uma revisão bibliográfica primária percebemos a escassa produção sobre a relação existente entre a Guarda e o princípio do melhor interesse, sendo certo que a maior parte encontra-se na esfera do Direito, na qual

4 A esse respeito ver RIZZINI, Irene, O século perdido : raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil, Rio de Janeiro : Ed. Universitaria Santa Ursula : Amais, 1997

são abordados o conceito do instituto, o seu histórico, a sua finalidade e os dispositivos legais⁵ a ele atinentes, como os constantes da Constituição Federal, do Novo Código Civil e do ECA. Em virtude disso, decidimos realizar um trabalho que tratasse da guarda vinculando-a ao princípio do melhor interesse nas situações de disputa das crianças/adolescentes por seus pais.

Assim, realizamos um estudo de tipo exploratório realizada no Núcleo de Prática Jurídica da PUC/RJ. Para averiguar a aplicação do princípio do melhor interesse foram estudados catorze processos de guarda, identificados através do período de 1997 a junho de 2007, em que houve a atuação do referido Núcleo.

A presente dissertação encontra-se dividida da seguinte forma: o princípio do melhor interesse foi objeto do capítulo 1, o qual aborda a sua origem histórica, o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, a sua utilização equivocada que durante longo tempo causou prejuízo a muitos genitores e finalmente a indicação de alguns critérios que preservem a sua aplicação tendo em vista que o mesmo não se encontra conceituado em nenhum diploma legal nacional ou internacional.

O capítulo seguinte trata da família, entidade que sofre constantes transformações, as quais se refletem diretamente na legislação que versa sobre ela. Por esse motivo fizemos um histórico do tratamento que lhe foi dispensado pelo Código Civil de 1916 (e as alterações nele efetuadas), passando pelas mudanças ocorridas após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e por fim o advento do atual Código Civil, o qual embora recente trouxe consigo conservadorismo e polêmica.

Neste capítulo além de comentarmos os dispositivos atinentes à guarda e à proteção dos filhos, optamos por também fazê-lo com os artigos atinentes ao trato para com a mulher, aos filhos concebidos fora do casamento, à separação e ao divórcio para que se tivesse uma idéia mais ampla do modo como os assuntos relacionados à família eram regulados, viabilizando-se assim uma melhor compreensão do que mudou com as leis que se seguiram.

O capítulo 3 enfocou a guarda como instituto jurídico destinado a oferecer a crianças e adolescentes assistência material, moral e educacional e as suas diferentes modalidades: a guarda unilateral, o modelo tradicional e mais utilizado pelos operadores do Direito e a guarda compartilhada, modelo mais recente e o

⁵ Artigos constantes da lei

mais condizente com o princípio do melhor interesse. Em seguida, discorreu-se sobre o conceito de ambas, suas vantagens e desvantagens.

Finalmente o último capítulo trata da pesquisa por nós realizada com o fito de averiguar se o princípio do melhor interesse estava sendo observado nos processos de guarda dos filhos propostos pelos genitores após a separação e o divórcio.

Não se pretendeu esgotar o tema, mas sim levantar questões que possam subsidiar novos estudos na área da proteção aos direitos da população infanto-juvenil em nosso País.