

Considerações Finais

Na presente dissertação nos propusemos a abordar os conflitos interfamiliares de guarda sob a perspectiva da aplicação do melhor interesse da criança, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, que regulamentou dispositivos constitucionais atinentes à infanto-adolescência.

Nosso objetivo foi verificar se o princípio acima mencionado estava ou não sendo considerado nas decisões judiciais oriundas das disputas de guarda entre os genitores após o divórcio ou a separação.

Para tanto dividimos o trabalho em capítulos dedicados aos temas principais, quais sejam: o princípio do melhor interesse, a família e a guarda, sendo a pesquisa realizada através de análise de processos de guarda já finalizados com o fulcro de averiguar a aplicação (ou não) do princípio do melhor interesse.

Quanto ao princípio do melhor interesse verificamos que, muito embora enaltecido pelas vertentes mais progressistas do Direito de Família nacional pouco se fala sobre ele, reconhecendo-se apenas o fato de que inexistente conceito exposto a respeito o que dá margem a sua aplicação discricionária.

Conquanto concordemos com o que foi dito acima, não cremos seja necessário permanecer num absoluto abstracionismo no que tange ao referido princípio, sendo possível a indicação de critérios já existentes nos Estados Unidos e efetivamente utilizados pelas equipes técnicas dos processos que analisamos, os quais seriam consentâneos com o melhor interesse.

Dentre os critérios estariam a existência de vínculo/afeto entre aquele que pleiteia a guarda e a criança/adolescente, a tentativa de manter a rotina existente da criança/adolescente, a disposição de ser guardião, a inexistência de um histórico de violência doméstica entre guardião e criança/adolescente, condições emocionais favoráveis do guardião.

Logicamente a indicação de um critério não equivale à existência de um conceito, contudo aquele pode inibir o uso indiscriminado do princípio para

justificar qualquer tipo de decisão, como por exemplo, a de considerar de modo apriorístico que uma criança estaria melhor cuidada por sua mãe, já que esta foi “talhada” para a função de cuidar.

No que tange à família fizemos um percurso das transformações legislativas operadas no tratamento a ela dispensado desde o Código Civil de 1916 até o presente Código, intermediado pela entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Verificamos como pelo disposto no Código Civil de 1916 só se considerava como família a oriunda do matrimônio, sendo o homem o seu chefe e responsável pelo prover-lhe financeiramente.

De acordo com esse mesmo Código a mulher recebia tratamento discriminatório tendo que se “curvar” as determinações do marido e cuidar dos filhos. Estes, se nascidos na constância do matrimônio, eram extensões da vontade de seus pais, se oriundos de relações extra-conjugais, estavam fadados a permanecer à margem da sociedade, o que foi se atenuando com o passar do tempo.

Todavia, em que pese as alterações legislativas já ocorridas, verificamos que o atual Código ainda se encontra aquém do desejado, tendo entrado em vigor já defasado, pois foi elaborado durante a ditadura militar e inobstante as modificações efetuadas antes da sua vigência ainda permaneceram alguns artigos com redação insatisfatória, a exemplo do art. 1578 que ainda se preocupa com a culpa na separação.

Entretanto, por mais avançada que seja a lei ela dificilmente conseguirá acompanhar as transformações sociais e se modificar à medida em que elas ocorram, afinal o próprio processo legislativo é lento.

A propósito, alguns juristas como VILLELA (1997) já manifestaram opinião no sentido de que o Estado deve se imiscuir cada vez menos na esfera privada do cidadão, pois não consegue nem arcar com as obrigações que lhe cabem. Ainda de acordo com o mesmo Autor quanto maior a incidência de normas concernentes às relações familiares mais infantilizado se torna o indivíduo, razão pela qual o Estado deveria legislar apenas sobre os aspectos patrimoniais e a proteção à infanto-adolescência.

Especificamente no que diz respeito à guarda muito poucos são os artigos existentes no Código, inexistindo sequer um conceito, em virtude do que lançamos mão do constante no ECA (o qual, de qualquer modo deve ser aplicado conjuntamente com aquele pois ambos os diplomas legais se complementam).

Ressaltamos que são duas as modalidades de guarda existentes no direito brasileiro: a guarda unilateral e a guarda compartilhada. A primeira corresponde ao modelo tradicional de guarda em que um genitor fica com a criança e o outro apenas a visita, via de regra, de quinze em quinze dias, sendo esta a mais adotada por ser utilizada há mais tempo, bem como por ser a mais conhecida.

A guarda compartilhada, por sua vez, se originou da conclusão de que a unilateral acabava por segregar o genitor que não a detinha, tornando o convívio entre ele e o filho mais escasso e enfraquecendo o vínculo.

Ela consiste, portanto, no modelo mais atual e para nós o que mais atende ao melhor interesse da criança, pois requer a participação de ambos os genitores na administração da vida de sua prole, fazendo com que os dois interajam no sentido de oferecer o que seja o mais adequado ao filho.

Em virtude de ser a modalidade de guarda mais recente existe ainda certo receio por parte de alguns juristas em adotá-la, a literatura jurídica a ela atinente é escassa, bem como ainda não há tempo de aplicação que demonstre a sua eficácia.

A vantagem é que o modo como o atual Código regulamentou a guarda permite o uso da modalidade compartilhada, existindo um projeto de lei cujo objetivo é incluí-la expressamente no texto legal. Todavia, ainda não há previsão de quando venha a ser a próxima votação, tendo sido o último andamento realizado no ano passado.

No intuito de verificar se o melhor interesse estava sendo utilizado na prática nos dirigimos ao Núcleo de Prática Jurídica da PUC/RJ e analisamos todos os processos de guarda em que este havia atuado.

Concluída a pesquisa verificamos que é a equipe técnica que tem a conduta pautada conforme o princípio do melhor interesse, pois explicitamente coloca a criança/adolescente como personagem principal do processo (prioridade absoluta), ouvindo-os sempre (proteção integral) e averiguando de que forma a criança/adolescente seria melhor atendida.

A conduta dos juízes e promotores, por outro lado, nos decepcionou posto que não se afigurou nos processos analisados algo que demonstrasse a preocupação com o princípio do melhor interesse, mas ao contrário a ênfase era no fim da ação, em virtude do que a maior parte delas se encerrou com um acordo.

Considerando o resultado obtido tivemos que nos valer dos pareceres da equipe técnica para verificar que critérios haviam sido utilizados para a concessão da guarda e encontramos os seguintes: afeto/vínculo, manutenção da rotina da criança, condições emocionais e materiais favoráveis, todos compatíveis com o princípio do melhor interesse.

Não encontramos nenhum processo de guarda em que houvesse sido adotada a guarda compartilhada¹⁵⁸ tanto nos que terminaram por acordo como nos que terminaram por sentença, pois o modelo adotado era sempre o de guarda unilateral com direito a visitação, ficando o vínculo entre o genitor não guardião e o filho bastante prejudicado, pois a visita ocorre quinzenalmente.

Diante desse quadro, acreditamos que o Tribunal de Justiça deveria primeiramente promover palestras que reunissem os profissionais da equipe técnica e os magistrados com o fim de esclarecer acerca do trabalho por ela desempenhado, mormente a finalidade do estudo social e do psicológico, quais as suas características e limites¹⁵⁹. Lembrando sempre que a decisão final a respeito do caso caberá ao juiz, não sendo justo nem adequado que a tarefa seja “repassada” aos psicólogos e assistentes sociais através da elaboração de pareceres.

Outrossim, acreditamos que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro poderia viabilizar a criação de projeto que envolvesse os pais separados e divulgasse a necessidade e a importância da participação de ambos os genitores na criação dos filhos, estimulando a adoção da guarda compartilhada mesmo naquelas situações em que a guarda e a visitação tenha sido estipulada de modo diverso no processo.

158 Só encontramos a guarda compartilhada em um processo de separação consensual.

159 BRITO (1992) ao comentar as perícias realizadas por psicólogos para o Judiciário defende que estes devem somente avaliar se há impedimentos emocionais por parte daqueles que pleiteiam a guarda e não indicar com quem a criança/adolescente deve ficar. P. 142

Uma outra alternativa seria a realização de mediação antes da designação da audiência (logo após o Réu tomar ciência da ação), assim sendo os litigantes teriam a oportunidade de se entenderem e decidirem com quem ficaria a guarda, evitando com isso a delegação da tarefa a um terceiro estranho na relação, ou seja o juiz.

A mediação tem como função implantar um modelo conciliatório em detrimento do adversarial hoje existente, que assegure o acesso “à ordem jurídica justa, tendo como objetivo a pacificação dos litigantes”.¹⁶⁰

NAZARETH e SANTOS (2004) propõem um tipo de mediação realizado por um psicólogo e por um advogado para que também sejam trabalhados os conflitos latentes.

BARBOSA (2004) salienta que a mediação é:

“impulsionada pela inclusão de um terceiro numa relação polarizada, permitindo uma mudança de dinâmica para fazer nascer uma solução que nunca este presente enquanto a linguagem era binária. Em síntese, ao permitir a entrada do mediador, os mediados já estão procedendo a uma abertura, viabilizando a criação de uma outra solução antes impossível.”¹⁶¹

A mesma autora afirma que a conciliação promove acordos¹⁶² que visam apenas pôr fim ao litígio para desafogar o Judiciário, sendo que como não foi oriundo de mútuo entendimento há grandes chances do mesmo litígio “renascer” no futuro.

Nos processos estudados confirmamos a tese defendida por BARBOSA (2004) no que toca à conciliação, que acaba por padronizar todos os litigantes incitando-os a celebrar acordos que não atentam para as suas peculiaridades, o que deve causar-lhes insatisfação e desapontamento.

Diante do exposto, somos favoráveis à realização da mediação antes que o processo seja julgado utilizando o modelo adversarial.

Faz-se mister ressaltar que a alternativa acima exposta se encontra em perfeita consonância com o disposto no art. 369 III e VI da Consolidação Normativa:

160 NAZARETH, E.R. e SANTOS, L.J *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*, p. 133

161 BARBOSA, A.A. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*, p. 36

162 Na conciliação as propostas são realizadas pelo conciliador e não pelas partes envolvidas como ocorre na mediação.

“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;

.....

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

Desta forma não estamos sugerindo nada que esteja em confronto com o disposto na legislação, apenas uma diversificação do trabalho já existente.

A partir do material analisado, percebemos que a ação de guarda se caracteriza por um alto grau de litigiosidade e duração (média de dois anos), o que acarreta um elevado custo emocional para os envolvidos, donde concluímos que mesmo após findo não se pode afirmar que haja um vencedor, todos perdem.

Encerrado o processo os ânimos ficam muito exaltados e o relacionamento entre os litigantes mais hostil do que nunca. Segundo BRITO (1992)¹⁶³ e NAZARETH e SANTOS (2004) o processo judicial acirra os conflitos, havendo uma necessidade de se desmerecer o outro.

Assim sendo, uma outra sugestão, esta de execução mais complexa, seria o desenvolvimento de mecanismos que tornassem o processo judicial menos conflituoso (para as situações que a mediação e a conciliação não produzissem resultados), poupando mais a criança/adolescente.

Inicialmente, haveria que se investir na formação dos operadores do Direito principalmente no que concerne à ética, pois são eles os responsáveis pela elaboração das petições, ou seja, a redação dos fatos narrados pelos clientes, os quais na esfera do Direito de Família constituem a vida dos mesmos.

Contudo, muitos “colegas” optam por enfatizar alguns aspectos negativos do outro com o intuito de favorecer o seu cliente e o modo como isso é feito é por vezes questionável, como por exemplo, a inclusão de detalhes que sequer existiram.

Entendemos que o modo como o advogado conduz o processo de guarda pode deteriorar mais o relacionamento entre Autor e Réu ou melhorá-lo,

163 http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?arqtse=1992-Brito_L_M_T.pdf site acessado no dia 30/06/07 às 12:00.

sobretudo por manter uma relação mais próxima com o cliente do que o juiz ou o promotor.

Dada a importância da sua atuação no processo o advogado deve ser consciente e aproveitar a sua influência sobre a parte que assiste para tentar preservar a relação com o outro litigante com quem ele terá necessariamente que lidar em virtude da existência de prole. Uma assessoria jurídica assim realizada estaria atendendo aos interesses da criança/adolescente.

No que toca à dinâmica processual das ações de guarda os juízes e promotores de justiça teriam que rever a própria conduta não se atendo a pareceres que atentem apenas para o cumprimento da lei, a acordos prontos (e por vezes ineficazes) e sentenças sucintas e sem fundamentação¹⁶⁴ que desconsideram as características específicas daqueles litigantes e acima de tudo, da criança/adolescente que foi nele inserida sem assim desejar.

Justiça fulcrada no melhor interesse da criança é a que prima pelo confronto mínimo entre os litigantes, pela celeridade e pela interdisciplinariedade, todos itens que se encontram prejudicados no atual sistema.

Conforme escrevemos na Introdução desta dissertação, não pretendemos esgotar o tema, mas levantar reflexões que suscitem novos estudos que possam aprimorar a proteção aos direitos da população infanto-juvenil deste País.

¹⁶⁴ Contrariando o disposto no art. 93 IX da Constituição Federal e no art. 458 II do Código de Processo Civil