

2 Princípio do Melhor Interesse

Inicialmente, há que se esclarecer que o princípio do melhor interesse, ponto chave de compreensão do nosso objeto de estudo, foi incorporado ao direito brasileiro e tornou-se mais conhecido a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora não conste expressamente¹ destes diplomas legais.

O princípio ora referido se encaixa num “quadro” maior e mais complexo a denominada doutrina da proteção integral, esta sim expressa no art. 1º do ECA que afirma que o mesmo dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, e que por sua vez se originou na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

A doutrina da proteção integral operou uma mudança de paradigma no que toca à legislação destinada à população infanto-juvenil, isto porque o Código de Menores, até então vigente, adotava a doutrina do “menor em situação irregular”, impondo uma série de condições para que a lei pudesse ser aplicada ao seu público alvo, os ditos “menores” e considerando-os objetos de direito, seres sem vontade própria que dependiam do arbítrio do magistrado, conhecedor nato das soluções mais adequadas a serem tomadas em relação a eles.

O ECA, por outro lado, é explícito ao afirmar que oferece a proteção integral às crianças e adolescentes², sem qualquer discriminação quanto a estes últimos, ou seja, não se trata de uma simples mudança de nomenclatura, mas de uma nova forma de lidar com a infanto-adolescência como um todo, sem nenhuma restrição.

O legislador quis oferecer proteção total impondo uma tutela ativa³ da infanto-adolescência, ou seja, a realização de uma série de condutas cujo objetivo é garantir a eficácia dos direitos do seu público alvo, tais como a vida, a saúde, a educação, a moradia, a convivência familiar, dentre muitos outros.

Um outro grande ponto de ruptura entre o ECA e o Código de Menores foi a forma de considerar as crianças e adolescentes, pois como dito durante a

1 Esteja literalmente enunciado

2 os primeiros sendo os que possuem até 12 anos incompletos e os últimos os que possuem até 18 anos (art. 2º ECA)

3 aquela em que é necessária uma ação para que se realize

vigência do Código eles eram tidos como objetos de direito e com o advento da Lei 8069/90 o tratamento passou a ser de sujeito de direitos, ou seja, uma mudança de um lugar passivo para um lugar ativo.

A mudança que se operou mediante a revogação do Código de Menores não foi apenas de cunho semântico, posto que a intenção do legislador não foi meramente de substituir o termo menor por criança e adolescente, mas efetivar uma transformação no tratamento dispensado a estes últimos, priorizando-os e tornando-os personagens principais nas decisões e matérias que os envolvessem.

Atualmente, as crianças e jovens são considerados sujeitos ativos do seu próprio destino e devem ser ouvidos sempre que possível⁴ a respeito de assuntos que possam vir a afeta-los.

Outros importantes reflexos da proteção integral são a prioridade absoluta no atendimento de suas necessidades bio-psico-sociais e o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, respectivamente arts. 4º e 6º do ECA:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (no original sem grifo)

...

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (no original sem grifo)

Veja-se que a preocupação do legislador com a prioridade absoluta foi tal que ele não se restringiu a explicitá-la, mas além disso, elencou no parágrafo único do art. 4º as maneiras de assegurar o seu cumprimento.

Com a inserção da prioridade absoluta, teve o legislador por objetivo fazer com que a população infanto-juvenil tivesse primazia no atendimento de suas necessidades, considerando para tanto a sua imaturidade e conseqüente vulnerabilidade, ou colocando de outra forma, a sua condição peculiar de pessoa

4 art. 28 § 1º ECA

em desenvolvimento. Mesmo porque não há como fazer justiça tratando de modo igual indivíduos que se encontram em situação distinta.

Há quem⁵ veja na expressão prioridade absoluta constante do art. 227⁶ da Constituição Federal, um princípio devido ao seu caráter geral e fundante, o qual em virtude de estar inserido na Carta Magna brasileira vincula a legislação infra constitucional⁷.

O mesmo autor trata da prioridade absoluta juntamente com o princípio do melhor interesse, por acreditar estarem ambos unidos. Embora concordemos em considerar a prioridade absoluta um princípio, preferimos tratar dos dois princípios em separado por cremos serem eles institutos distintos conquanto o primeiro seja um modo de se assegurar o cumprimento do segundo, ou seja, na medida em que se garante o respeito à prioridade absoluta é possível se preservar o melhor interesse.

Para que se efetive a proteção integral, além da prioridade absoluta e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento há uma trilogia de direitos cujo fim é assegurar a sua eficácia. Trata-se da trilogia da proteção integral composta pelos direitos: à liberdade, ao respeito e à dignidade todos definidos no ECA em seus artigos 16, 17 e 18 respectivamente:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

5 LAURIA, F. G. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 35

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

7 As demais legislações teriam que respeitar o princípio da prioridade absoluta, por ser ele um princípio de natureza constitucional

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Depreende-se dos artigos acima transcritos que o legislador se preocupou⁸ não apenas em enumerar os direitos, como também em defini-los, talvez por receio de que se pudesse alegar que para a aplicação dos mesmos seria necessária a sua regulamentação através de outra lei, o que implicaria em evidente prejuízo para a proteção das crianças e adolescentes. Ao explicitar a definição dos artigos o legislador assegurou a auto-aplicabilidade⁹ dos mesmos, uma melhor visualização do seu conteúdo em situações de violação, além de evitar futuras controvérsias quanto ao seu significado (qual seria o espectro de proteção daquele direito).

O direito à liberdade previu não apenas o sentido da permissão de ir e vir, como também a liberdade de culto religioso, opinião, participação política e auxílio, além da livre expressão, consistindo esta última na possibilidade de se manifestar como convier.

Como se trata de proteção à população infanto-juvenil, o legislador se preocupou em assegurar o direito a brincar, atividade essencial ao bom desenvolvimento infantil.

Já o direito ao respeito é uma consequência do direito à liberdade na medida em que não há vantagem em ser livre para se manifestar se desta decorrerem más consequências, violando-se a integridade física e moral do indivíduo.

Finalmente, está previsto o direito à dignidade definido através do que seriam suas violações, ou seja, o legislador optou por conceituar o referido direito elencando hipóteses em que o mesmo estaria sendo infringido através da exposição da criança/adolescente a tratamento desumano, vexatório, etc.

Há que ressaltar que a dignidade da pessoa humana é dos temas que mais vem sendo tratado pelo Direito Civil Constitucional na atualidade, posto que além de direito é o mesmo princípio da Constituição Federal, o que lhe confere uma dimensão e uma importância muito maiores. Em virtude disso, optamos por tratar o assunto de modo mais aprofundado no capítulo que trata da Guarda.

8 A exemplo do que ocorre com o art. 4º ECA, vide comentários da página anterior

9 Aplicação imediata da lei

2.1

O Princípio do Melhor Interesse propriamente dito

Há que se salientar que o reconhecimento e a utilização da doutrina¹⁰ jurídica da proteção e o princípio¹¹ do melhor interesse da criança decorreram da grande “valorização legislativa” da família¹² oriunda do advento da Constituição Federal de 1988, em que aquela se consolidou como espaço de afetividade, desenvolvimento e realização dos seus membros e não mais como uma instituição que por si só deveria ser preservada, assegurando-se a paz domiciliar a qualquer custo.

Considerando-se a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar de maior proteção.

Logo, além dos direitos e garantias usuais a que têm direito como seres humanos que são e que estão inseridos na Constituição Federal e no Código Civil, por exemplo, existem direitos especiais a eles assegurados, em virtude de sua condição especial de pessoas em desenvolvimento consoante o disposto no art. 3º do ECA:

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

O princípio do melhor interesse pode ser enquadrado na categoria de preceito a ser obedecido para garantir a proteção integral de que trata o ECA. Como já mencionado anteriormente, ele não se encontra enunciado de modo

10 Conceito: “do latim “doctrina”, de docere (ensinar, instruir, mostrar) na terminologia jurídica, é tido, em sentido lato, como o conjunto de princípios expostos nos livros de Direito em que se firmam teorias ou se fazem interpretações sobre a ciência jurídica” apud Silva, de P e, Revisto e atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, *Vocabulário Jurídico*, p. 501

11 Conceito: ... “princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.” apud Silva, de P e, Revisto e atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, *Vocabulário Jurídico*, 2004, p. 1095

12 Dedicaremos um capítulo à família, oportunidade em que faremos menção às mudanças ocorridas através dos tempos em sua estrutura e no tratamento a ela oferecido pelo Direito.

expresso nos diplomas legais que versam sobre a proteção à criança e o adolescente.

Outrossim, ao realizar a revisão bibliográfica (de legislação e de doutrina) para a elaboração desta dissertação percebemos que não há uma idéia predeterminada do que representaria o melhor interesse.

PEREIRA (2004) defende que para a averiguação do que se entende por melhor interesse há que se considerar o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. De igual modo, defende o mesmo autor que o fato de ser um princípio traz em seu bojo uma indeterminação a ele inerente:

“Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser “prima facie”. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.”¹³

No mesmo sentido está o entendimento de LAURIA (2003) para quem o princípio tem caráter geral e fundante.

Considerando que a indeterminação do princípio é oriunda de sua natureza, cabe-nos explicitar porque ele deve ser aplicado, e por que deve integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Inicialmente, há que se atentar para o disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de acordo com o qual:

“§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Conforme o dispositivo legal mencionado, o fato de inexistir menção explícita de direitos ou princípios no texto constitucional não significa que os mesmos não tenham sido por ele contemplados (ou que não devam ser considerados para fins de interpretação legal), mormente quando integrem Tratados de que o Brasil seja parte.

13 PEREIRA, R.C, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, p.91

Este foi justamente o caso do princípio do melhor interesse, posto que este é abarcado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁴ em seu art. 3º *verbis*:

- “1- Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **melhor interesse da criança**.
- 2- Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
- 3- Os Estados Partes certificar-se-ão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.” (sem grifos no original)

Nota-se no artigo acima transcrito a preocupação do legislador em inserir a criança como meta principal das ações públicas ou privadas a serem executadas, isto é, antes da implementação das ditas ações há que se considerar se ela está protegida (como sujeito de direitos que é), se os seus interesses estão sendo de fato respeitados.

Ressalta-se ainda, a necessidade dos Estados Partes - aí entendidos os seus agentes, no caso brasileiro, à guisa de exemplo os conselheiros tutelares, os promotores, os médicos, as assistentes sociais, os juízes, enfim todos aqueles que de algum modo desempenham atividades que se relacionem com a infância e a juventude - exercerem uma atividade de fiscalização com o fito de assegurar a proteção e o bem-estar das crianças e adolescentes, verificando, inclusive, se os responsáveis por elas estão agindo adequadamente ou se estão usurpando os seus deveres e por conseguinte violando a lei.

Finalmente, o item 3 cuida mais especificamente do atendimento prestado às crianças e adolescentes por instituições¹⁵ cuja finalidade seja fornecer-lhes cuidado e proteção. Através deste item quis o legislador assegurar um padrão de qualidade do serviço oferecido obedecendo a padrões pré-estabelecidos mormente no que concerne à saúde, à segurança e à competência daqueles que o realizam.

14 Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil, sendo certo que após a ratificação o disposto na Convenção se torna lei interna. Entretanto, o Brasil se adiantou e incorporou o seu conteúdo à sua nova legislação através do Decreto nº 99710 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

15 públicas ou privadas, posto que não há no texto legal discriminação de uma ou outra

Assim sendo, o princípio do melhor interesse deve ser uma consideração primária de todas as ações direcionadas à população infanto-juvenil. O que significa que em qualquer circunstância, em toda decisão referente a uma criança/adolescente, devemos escolher a melhor solução para ela. (PAIS, 1999)¹⁶

Verifica-se que o princípio deve ser aplicado em qualquer área, e em especial nos tribunais quando houver que se decidir um conflito de interesses no qual seja parte uma criança/adolescente.

Aplica-se o mesmo raciocínio para a elaboração de novas leis atinentes a infanto-adolescência, ou seja, antes de ser aprovada pela Casa Legislativa deve-se analisar se aquela norma está de fato atendendo às necessidades da criança, se é a melhor solução para aquele determinado caso, etc.

Inobstante o artigo acima citado, o art. 9º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1990¹⁷ que versa mais especificamente sobre a guarda assevera que:

“1- Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2- Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente Artigo, todas as Partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3- Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

4- Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem estar da criança. Os Estados Partes certificar-se-ão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, conseqüências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.” (sem grifos no original)

É possível perceber a preocupação do legislador com o melhor interesse da criança, no caso do art. 9º da Convenção Internacional denominado de interesse

16 PAIS, M. S. “*Le meilleur intérêt de l'enfant*”, *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.*, p. 537-550

17 Assinada e ratificada pelo Brasil em 24/09/90

maior da criança, pois num mesmo artigo o menciona por duas vezes com o fito de assegurar que todos os atos que impliquem em separação entre a criança e seus pais sejam feitos apenas quando a convivência gere dano àquela (ou seja que a separação ocorra sempre que tal atitude seja para o melhor da criança/adolescente).

Conquanto existam na Convenção artigos que expressamente determinam a aplicação do princípio analisado, isto não significa a sua inaplicabilidade quanto aos demais direitos, ou que ele apenas deva ser utilizado no âmbito do Direito, mas ao contrário deve ser conhecido e praticado sempre e em qualquer situação, promovendo-se a adequação necessária de acordo com a criança envolvida e a situação em que se encontra.

É fato que o princípio em questão não possui conceito determinado na Convenção, nem nos demais documentos que o mencionam, o que é criticado por inúmeros doutrinadores por dar margem a sua utilização de forma arbitrária.

Entretanto, há que se adotar uma linha hermenêutica protetiva da população infanto-juvenil, e, por conseguinte valer-se da “fluidez” do princípio para ampliar o espectro de proteção assegurando o cumprimento dos seus direitos.

Ao realizar uma análise de outros documentos internacionais de proteção à infante adolescência observamos que não é apenas a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que a ele faz menção. Verificamos que o princípio VII da Declaração Universal dos Direitos da Criança estabelece que:...

“O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.” (sem grifos no original)

O princípio acima enfoca a necessidade da aplicação do melhor interesse como diretriz daqueles encarregados da educação das crianças e adolescentes, sejam eles os genitores ou não.

Nota-se uma divergência de nomenclatura que em nada auxilia a consolidação do princípio. Isto porque no art. 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, usa-se a expressão *melhor interesse*; já no art. 9º acima referido a expressão utilizada é *interesse maior da criança* e finalmente no

princípio VII da Declaração Universal dos Direitos da Criança lê-se *interesse superior da criança*.¹⁸

A utilização dos termos superior interesse e maior interesse ocorreu quando da tradução para o português da expressão “best interest”. Notamos a inaptidão do legislador brasileiro ao traduzir o princípio em questão, posto que ao invés de uniformizar a sua designação se valeu de nomenclaturas distintas, porém de conteúdo “aparentemente” igual.

Ressalte-se que não é de boa técnica legislativa usar expressões diversas ao se referir ao mesmo princípio, sobretudo quando consideramos que a expressão *interesse superior da criança* integrou a doutrina jurídica do menor em situação irregular, ou seja, para nós o legislador deveria se utilizar apenas da expressão melhor interesse demonstrando assim o seu intuito de estabelecer um novo paradigma no que toca ao atendimento aos interesses de crianças e adolescentes.

Por outro lado, há que se salientar que a legislação brasileira, via de regra, não prima pela boa técnica, decorrência de um Poder Legislativo (leia-se Congresso Nacional) composto de membros de pouca ou nenhuma formação jurídica e assessorados por pessoas nem sempre bem qualificadas.

Nos filiamos aos juristas que adotam a expressão melhor interesse como tradução de “best interest”, uma vez que acreditamos ser a que prima pela técnica, além de ser coerente com os ideais da doutrina da proteção integral.

LAURIA (2003) defende a utilização do termo melhor que transmite a idéia de qualidade em detrimento de maior que traz em si inerente a noção de quantidade.

De igual modo, o Autor salienta que melhor se adequa ao caráter único e temporário da infância e da adolescência, por isso mesmo fundamental ao desenvolvimento futuro.

¹⁸ Talvez esteja nessa ausência de uniformidade na expressão de um princípio a razão para a divergência no momento em que se elaboram os julgados

2.2

O ECA e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança

Verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 respeitaram o espírito da Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁹ e da Declaração Universal dos Direitos da Criança ao repetir parte de seu conteúdo por vezes e quando isso não ocorre garantindo que os preceitos de ambas fossem respeitados.

Vejamos um exemplo do que foi dito acima mediante a comparação entre o art. 6º da CIDC e o art. 7º do ECA, ambos versando sobre o direito da vida:

-“Art.6º:

- 1- Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
- 2- Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.” CIDC

-“ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”
ECA

O artigo 6º da CIDC salienta a existência do direito à vida, frisando a importância da sobrevivência e do desenvolvimento da criança. O art. 7º do ECA, por sua vez, além destes, menciona também a saúde e a necessidade de políticas públicas que assegurem o nascimento e o desenvolvimento com dignidade.

A diferença entre ambos decorre principalmente do fato da Convenção ter por escopo a enunciação de uma norma com a função de ser uma diretriz (uma norma de cunho genérico), através da qual cada Estado que a ratifique fique obrigado a adequá-la à sua realidade, à sua legislação e à sua cultura. Isto porque não há como uma convenção internacional englobar todas as peculiaridades e os valores dos países que objetivam assiná-la e ratificá-la, razão pela qual essa pormenorização fica a cargo daqueles.

19 doravante denominada de CIDC

No caso brasileiro, por exemplo, os índices de mortalidade infantil²⁰, embora reduzidos nos últimos anos, ainda são considerados altos pela comunidade internacional, motivo pelo qual o legislador se preocupou com o nascimento.

Igual raciocínio se aplica à saúde, pois se é fato que esta é um direito de todos e deve ser assegurada pelo Estado, presenciemos, contudo, a constante degradação dos hospitais públicos, a falta de pessoal e o péssimo atendimento em várias regiões e cidades do País, em especial no Rio de Janeiro conforme denunciado em vários meios de comunicação²¹ nos últimos anos.

De nada adianta garantir o nascimento e frustrar o crescimento e o desenvolvimento uma vez que predomina uma infra-estrutura inadequada, assim como políticas públicas ineficientes para essa finalidade.

De igual modo, não há como nascer, crescer e se desenvolver bem sem condições mínimas de habitabilidade: como moradia, saneamento básico, educação ou consoante o legislador, “condições dignas de existência”.

Em virtude dos motivos acima elencados o legislador optou por explicitar áreas que deveriam ser priorizadas para que o direito à vida fosse garantido.

Um outro exemplo é a semelhança entre os artigos 12 e 28 §1º do ECA ambos atinentes ao direito da criança ser ouvida e a sua opinião considerada:

-“Art.12

1- Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança. CIDC

2- Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional.” (sem grifos no original)

- “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.” ECA (sem grifos no original)

20 Segundo dados obtidos no site http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm em 2004 o índice de mortalidade infantil era de 26,60 crianças para mil nascidos vivos (site acessado em 07/04/2007 às 16:30).

21

<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/04/05/295254649.asp>,

<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/03/25/295078373.asp>, <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/03/21/295015652.asp>,

De acordo com estes artigos para que se saiba o que será melhor para a criança/adolescente há que se promover a sua oitiva, e não o que ocorria anteriormente quando o magistrado e seu poder tutelar determinavam o que lhes convinha, ou faziam com que prevalecesse a vontade de um adulto a ela relacionado²².

Analisando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente é possível estabelecer um paralelo entre o art. 6º, que trata das normas de interpretação, e o já citado art. 3º da Convenção Internacional que versa sobre a prevalência do melhor interesse:

- “Art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.” ECA

- “Art.3º 1- Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **melhor interesse da criança**.

2- Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3- Os Estados Partes certificar-se-ão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.” CIDC (sem grifos no original)

Lembramos que o art. 6º estabelece que ao interpretar o ECA (bem como ao aplicá-lo) o indivíduo considere os fins sociais a que ela se dirige e porque não considerar o melhor interesse um fim social ? Afinal, como já dito antes o princípio em questão é uma parte da proteção integral, a meta, o fim maior da Lei 8.069/90 consoante o disposto no próprio art. 1º desta.

O art. 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, por sua vez, determina expressamente a aplicação do melhor

22 Ainda no que tange a importância da opinião da criança e a relevância da sua verbalização faz-se mister lembrar Françoise Dolto para quem “A criança deve sempre ser ouvida – o que de modo algum implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pede. Além disso, a decisão pode ser-lhe explicada: o juiz opta por atribuir a guarda àquele que está mais apto a garantir as tarefas cotidianas exigidas pelo sustento e pela educação de uma criança que ainda não é autônoma”(p. 134)

interesse nas ações atinentes à criança e ao adolescente, sejam elas efetivadas por instituições públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas, etc.

Ambos os artigos acima mencionados estão relacionados ao tratamento a ser dispensado a infante-adolescência, a diferença é que o art. 6º do ECA está mais focado na forma de se aplicar a lei e o art. 3º da CIDC se preocupa com as ações destinadas às crianças e executadas por diferentes órgãos. Este artigo, entretanto, ao mencionar as ações realizadas pelos tribunais também está se referindo à aplicação da lei.²³

O Desembargador Amaral e Silva, um dos juristas responsáveis pela elaboração do ECA, visualizou nos cinco primeiros artigos deste diploma legal o melhor interesse como diretriz hermenêutica e assim os comentou:

“O dispositivo interpretado sistematicamente, deixa claro que o melhor interesse constitui diretriz hermenêutica do novo modelo. É o que se extrai do contexto do Estatuto, principalmente de suas disposições preliminares. Bem por isso, o artigo 1º explicitou dispor a lei sobre proteção integral. Portanto suas normas não podem ser interpretadas em prejuízo dos destinatários dessa proteção, que é total, completa. Acrescenta o artigo 3º que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral.” O art. 4º, que todos devem garantir os direitos de crianças jovens com absoluta prioridade. O 5º, que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, crueldade ou opressão.”²⁴

O princípio do melhor interesse consoante a concepção estatutária deve ter sempre por base a proteção integral.

É claro para os operadores do Direito que a colocação da criança/adolescente deve atentar sempre para o melhor interesse, o mesmo não ocorrendo quanto à maneira de agir para que este comando seja respeitado, o que oferece uma grande margem de arbítrio para quem julga.

23 LAURIA (2003, p. 42,43) entende que o art. 6º do ECA é o principal meio de se assegurar o cumprimento do princípio do melhor interesse na medida em que abre uma lacuna para a utilização de princípios como fundamentos das decisões judiciais, o que raramente ocorre.

24 SILVA, A F A. *O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e da juventude*, p. 43-54

2.3

O melhor interesse nas decisões de guarda e o seu uso arbitrário

Já tivemos oportunidade de sinalizar neste capítulo a “fluidez” do princípio do melhor interesse, ou seja, a ausência de um conceito preciso, o que decorre mormente da sua natureza, do fato de ser ele um princípio.

A imprecisão de conceito faz com que o operador do Direito tenha que analisar o caso concreto e verificar de que modo os interesses da criança estariam melhor resguardados, ou nas palavras de GRISARD Fº (2005)²⁵ qual a “preferência filhocentrista”.

Todavia, a imprecisão aliada à necessidade da adequação ao caso concreto demonstram o alto grau de subjetividade de que estará eivada a decisão que põe termo ao litígio.

A dificuldade reside em que a subjetividade como o próprio nome diz é algo variável, um julgamento de valor que, portanto, se altera de indivíduo para indivíduo.

Para emitir esse julgamento de valor o magistrado valer-se-á de fatores como: a sua personalidade, a sua formação pessoal (educação recebida de seus pais), a sua formação jurídica (educação formal, conhecimentos adquiridos na universidade) e dos valores culturais vigentes na sociedade na qual está inserido.

É este o magistério de BOURDIEU (1975) quando ele aborda o conceito de “habitus” que o indivíduo ao fazer escolhas tende a obedecer um sistema de crenças e valores, os quais são determinados pelos fatores acima elencados.

Tal assertiva é reforçada por BERGER e LUCKMANN (2002) quando estes afirmam que o mundo em que vivemos é comum, contudo as perspectivas através das quais os eventos que nele se passam são percebidas podem ser distintas.

Assim sendo, a decisão de guarda prolatada por um magistrado crendo estar resguardando os seus interesses, pode deles se distanciar conforme o acervo

²⁵ Jurisprudência Comentada, Guarda Compartilhada apud www.apase.org.br acessado no dia 17/04/07 às 14:30

de conhecimento dele²⁶ contemple valores ou informações em desuso ou ultrapassadas²⁷.

Um exemplo disso, em nossa opinião, seria uma decisão que fundamentasse o deferimento da guarda à genitora, quando as crianças possuíssem pouca idade, com base no entendimento de que esta seria a “cuidadora” nata dos filhos, aquela que melhor sabe identificar todas as necessidades dos filhos, tocando ao pai o sustento financeiro.

Igualmente desconforme estaria a decisão que deferisse a guarda de uma criança aos avós com base no fato de que estes possuem uma condição financeira mais favorável que a de seus genitores, sem atentar para o necessário amparo moral, psicológico e material de que ela carece.

Em situações tais como as acima mencionadas o julgador se equivocou, distorcendo o princípio do melhor interesse da criança e o utilizando para fundamentar situações em que ele não cabe.

Os mesmos equívocos ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos no qual existe uma tradição de deferimento da guarda às genitoras quando as crianças possuem pouca idade, denominada de “tender years doctrine”.

Para compreender o exato significado da referida doutrina faz-se mister realizar um retrospecto do instituto da guarda.

Inicialmente, cabe ressaltar que no direito consuetudinário²⁸ a guarda era concedida exclusivamente ao pai, o chefe da família e, portanto o responsável por ela. O pensamento então vigente era o de que aquele que concebia o filho era quem mais o amava e, em virtude disso cuidaria melhor dele. Em suma, o genitor tinha o direito absoluto de guarda de seus filhos.

A situação começou a se modificar em meados do século XIX, tornando-se mais favorável às mulheres (mães). Percebeu-se que elas estavam sendo muito

26 por acervo de conhecimento estamos nos referindo aos fatores antes mencionados, ou seja, a personalidade, a formação pessoal, a formação jurídica e os valores culturais.

27 GRISARD comenta jurisprudência em que as partes apelaram porque o juiz de primeira instância indeferiu o seu pedido de guarda compartilhada por entender ser ele incompatível com os “interesses dos menores”. Ver Jurisprudência Comentada, Guarda Compartilhada apud www.apase.org.br acessado no dia 17/04/07 às 14:30

28 Denominado de Common Law

hostilizadas nas decisões judiciais e invariavelmente tinham indeferido o pleito de guarda de seus filhos.

Originou-se então na Inglaterra a “tender years presumption”²⁹, de acordo com a qual a criança com menos de 07 anos de idade ficaria sob a guarda da genitora. Quando foi concebida a doutrina da tenra idade era sinônimo de respeito ao melhor interesse da criança.

De acordo com AREEN(1992)³⁰ este pressuposto, também denominado doutrina da tenra idade foi levado para os Estados Unidos através do caso Helms oriundo de Maryland em 1830.

Ao tentar remediar uma situação injusta, qual seja a concessão incondicional da guarda dos filhos ao pai, os julgadores acabaram por inverter a situação concedendo-a indiscriminadamente à mãe.

Consoante BRITO (1993), o princípio do melhor interesse foi (mal) utilizado durante muito tempo nos Estados Unidos de modo a legitimar a permanência da criança junto à mãe em detrimento do pai, já que aquela seria uma conhecedora nata do que seria melhor para o seu filho.

A “Tender Years Doctrine” influenciava diretamente as decisões judiciais concernentes à guarda e implicava na sua concessão à genitora quando os filhos possuísem pouca idade, pois considerava-se que estes teriam uma necessidade premente de permanecer junto às mães e usufruírem dos seus cuidados. Saliente-se que não havia uma definição exata do que se conceberia por tenra idade ou pouca idade, o que por sua vez abria margem para a discricionariedade do juiz.

A própria Declaração Universal dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, em seu princípio VI adotou a “Tender Years Doctrine” ao prever em sua parte final que:

“A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe....”. (sem grifos no original)

29 o pressuposto da tenra idade

30 AREEN, J. *Family Law*, p.516

Todavia, existem decisões de Tribunais americanos entendendo que a adoção da “Tender Years Doctrine” fere o princípio da igualdade dos sexos pregado pela 14ª emenda constitucional ao privilegiar a guarda dos filhos pela mãe unicamente com fundamento no gênero e não na sua capacidade.

Nesse caso caberia ao homem (pai) o ônus de provar a incapacidade da mulher em cuidar e gerir a vida dos filhos, até o que ficaria privado do convívio com a sua prole.

É importante salientar que embora existam julgados³¹ reconhecendo a inconstitucionalidade da Doutrina em questão e a criticando, a mesma não foi completamente abolida, sendo ainda adotada por 22 estados americanos.

A preferência imotivada pelo sexo feminino no Brasil também violaria a Constituição Federal no que concerne ao princípio da isonomia entre homem e mulher uma vez que conforme o art. 5º I CF ambos são iguais em direitos e obrigações:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Entendemos que o princípio do melhor interesse não deve ser utilizado como elemento de legitimação de valores culturais já ultrapassados como meio de favorecimento da mulher, sob pena de estarmos distorcendo o seu conteúdo. Com isso queremos dizer que não é porque em um determinado momento histórico coube à mulher o cuidado com os filhos e ao homem o labor para o sustento da família que tal fato deva servir de base para a aplicação do melhor interesse.

Na realidade, o princípio do melhor interesse deve ser direcionado ao bem-estar da criança, como o próprio nome diz, e o deferimento da guarda à mãe não significando que isso estará assegurado, havendo que se considerar o caso concreto.

31 Sinônimo de decisões judiciais

2.4

Crêterios para a preserva o do melhor interesse nas decisões de guarda no direito norte-americano

O princípio do melhor interesse vem sendo utilizado nos Estados Unidos há mais de cem anos, tendo sido base de inúmeras decisões judiciais e obras jurídicas. No Brasil, por outro lado, conforme já sinalizado, o referido princípio passou a ser adotado após o advento da Constitui o Federal de 1988, portanto há menos de 20 anos.

Em virtude da maior experiência norte americana no trato com o princípio do melhor interesse entendemos ser pertinente verificar quais são os cr terios utilizados pelos americanos para a aplica o do princípio em comento.

LAURIA (2003) reproduz material por ele obtido no qual alguns cr terios são identificados³² e que concernem:   existência de rela es extra-conjugais, práticas sexuais e religiosas pouco convencionais, de homossexualismo, de deficiência física, de doença terminal e de mudanças na vida dos pais.

Estando ambos os genitores aptos a exercer a guarda, a decisão privilegia o denominado cuidador prim rio³³ (em se tratando de crianças de até 08 anos de idade), levando-se em conta a experiência e garantindo-se a continuidade do cuidado.

A opinião da criança   considerada conforme a sua idade, a sua maturidade e as razões da sua op o. Alguns juízes nem a consideram se a criança tiver menos de 07 anos de idade.

Por outro lado, nos estados da Geórgia e de West Virginia o adolescente de 14 anos tem o direito de dizer com quem deseja ficar. Fatores como a op o pelo genitor menos exigente, respostas manipuladas, motivos infundados para permanecer com o pai ou com a mãe são desconsiderados.

Freqüentemente os juízes conversam com as crianças em separado, sendo que por vezes nomeiam profissionais de saúde mental ou um assistente social para fazê-lo e após transmitir os resultados   corte.

32 Material obtido por Lauria junto ao site <http://consumer.pub.findlaw.com/newcontent/flg/ch3/st4/st46/qa7.html> e transcrito em sua obra

33 "Primary caretaker", ou seja, aquele que se ocupou do trato pessoal da criança e das suas necessidades pessoais

A existência de relações extra-conjugais por parte de um dos genitores, em regra, não influencia as decisões judiciais, a menos que se prove que tal conduta causou dano à criança, ou a colocou em situação vexatória. Entretanto, alguns juízes não se posicionam favoravelmente ao genitor que manteve relações extra conjugais.

Ainda no que concerne à vida sexual dos pais, há um julgado da Suprema Corte de Nova Iorque datado de 1974 em que o magistrado entendeu que a vida sexual livre da genitora (ela era praticante da troca de casais denominada “swing”) não a inabilitava para a maternagem, sobretudo porque seus filhos de nada sabiam. Considerou-se que a mudança traria mais prejuízos às crianças que se encontravam desde muito pequenas com a mãe³⁴.

Caso um dos genitores venha a assumir a homossexualidade, há maior possibilidade do mesmo ser preterido se o fato for considerado prejudicial à criança. Todavia, considera-se fator positivo a criança não presenciar atividade sexual e se dar bem com o parceiro(a) do(a) genitor(a).

AREEN (1992) reproduz uma decisão da Suprema Corte de Nova Iorque de 1986³⁵ no qual se entendeu que a homossexualidade do genitor só deve ser considerada se afetar o bem estar da criança, embora existam opiniões em contrário.

No caso em tela a genitora intenta se mudar para a Florida e levar todos os filhos (separando-os de seus pai) embora seja bastante doente e dependa de seus pais para cuidar das crianças nas situações de internação.

Um dos filhos tem problemas de comportamento e esteve sob a guarda do pai, oportunidade que passou a fazer terapia, se comportou bem na escola e obteve melhores notas. Entretanto, a genitora alega que a homossexualidade do seu ex-cônjuge é uma má influência para o filho, em virtude do que almeja impedir que este fique sob a guarda do pai.

34 A decisão em tela traz implícita a diferença entre conjugalidade e parentalidade, ou seja, as habilidades do indivíduo como marido/mulher e as habilidades do indivíduo como pai/mãe.

35 MAB X RB apud AREEN, J. *Family Law.*, p. 525

Ao final a Corte decidiu que o filho ficaria sob a guarda de seu pai e que a genitora não poderia se mudar para outro estado, uma vez que para tanto seria necessária a demonstração de circunstâncias excepcionais³⁶, o que não ocorreu.

A verificação da ocorrência de prejuízo e/ou dano à criança como determinantes da concessão da guarda aplicada aos casos de homossexualismo e relações extra-conjugais também se dá em situações em que o genitor seja portador de deficiência física ou de doença terminal.

No que concerne à prática religiosa o mesmo raciocínio acima se aplica, vale dizer, o simples fato de um dos genitores ser praticante de uma religião e outro não, por si só não é fator determinante da guarda. O magistrado não pode exercer julgamentos de valor no que tange à religião em virtude do direito a liberdade de credo.

Caso a criança tenha sido educada dentro de determinadas crenças e práticas religiosas deve-se favorecer a sua continuidade.

O fato de um dos genitores ser adepto de uma religião “não-usual” também não deve ser fator de mudança da guarda ou de término da visitação, a menos que fique demonstrado estar acarretando danos à mesma.

O último critério colocado diz respeito a alterações na guarda decorrentes de mudanças na vida dos pais ou da criança que acarretem a transferência para outra cidade ou estado. O genitor que pretender realizá-la deve demonstrar que ela se fará em benefício da criança/adolescente.

De igual modo encontramos um artigo em que os autores americanos, WILLEMSSEN e WILLEMSON (2000)³⁷, apontam fatores indicativos do respeito ao princípio do melhor interesse que devem, no entender dos mesmos, ser aplicados às decisões de guarda, alguns dos quais ora passo a citar:

- “- a idade da criança,
- a relação da criança com os pais e com outras pessoas que possam afetar o seu bem-estar,
- a preferência da criança, se possuir idade suficiente para expressá-la,

36 Neste caso a corte definiu circunstâncias excepcionais como “uma situação em que ou o exercício do direito é adverso ao bem estar da criança ou o genitor de alguma maneira perdeu o direito a esse acesso” (tradução livre da Autora) apud AREEN, J. *Family Law*, p. 531

37 <http://www.scu.edu/ethics/publications/iie/v11n1/custody.html> página acessada no dia 08/11/05 às 10:30

- a duração e a adequação da rotina de vida atual da criança e a possibilidade da sua manutenção,
- a estabilidade de qualquer rotina de vida proposta para a criança,
- a motivação das partes envolvidas e as suas capacidades de dar amor, afeição e orientação à criança,
- o ajuste da criança à sua atual casa, escola e comunidade,
- a capacidade de cada genitor de permitir e encorajar um contato contínuo e freqüente entre a criança e o outro genitor, incluindo o contato físico,
- a capacidade de cada genitor de cooperar ou aprender a cooperar nos cuidados com a criança,
- quais os efeitos para criança se apenas um dos genitores tiver a autoridade para criar o filho,
- a existência de violência doméstica entre os pais, no passado ou atualmente, e como esses abusos afetam:
 - 1- a criança emocionalmente,
 - 2- a segurança da criança,
- a existência de qualquer histórico de abusos dos pais contra a criança,
- quaisquer outros fatores que afetem o bem-estar físico ou emocional da criança,
- se a criança está sendo amamentada,
- a existência de condenação de qualquer dos pais pela prática de crimes sexuais.”³⁸

Os mesmos autores ressaltam que existem padrões éticos a serem respeitados nas disputas de guarda, citando uma série de casos em que os Tribunais americanos se preocuparam muito em cumprir as normas legais, inclusive as processuais, e acabaram por infringir o princípio do melhor interesse³⁹.

38 <http://www.scu.edu/ethics/publications/iie/v11n1/custody.html> página acessada no dia 08/11/05 às 10:30. Tradução livre da candidata

39 Entre os casos citados tem-se o de Jéssica um bebê que foi adotado por um casal e cuja guarda foi logo em seguida pleiteada pelos pais biológicos sob a alegação de que o pai nunca fora notificado do direito de se opor à adoção, porque a genitora indicou o nome do genitor de modo equivocado. O caso se arrastou por 2 anos, e nesse período Jéssica permaneceu com os pais adotivos, para posteriormente a justiça negar o pedido de adoção e deferir a guarda aos pais biológicos.

Em outro caso duas lésbicas que viviam em união estável concordaram que uma delas iria engravidar e ambas criariam a criança como co-genitoras. Quando elas se separaram anos depois, a mãe biológica se recusou a deixar a outra visitar a criança. A justiça decidiu que a visitação deveria estar relacionada a um divórcio, à paternidade ou a uma dependência

Também é colocada a possibilidade de ocorrência de um conflito entre o melhor interesse da criança e os direitos de seus pais e, por conseguinte, a dificuldade de se encontrar uma solução razoável.

Para atingir uma resposta equilibrada os autores propõem 05 princípios, quais sejam:

- “1º: devemos respeitar a criança como pessoa e reconhecer que ela é a parte mais vulnerável do processo. Assim sendo, independentemente das circunstâncias que geraram a disputa de guarda, o seu melhor interesse deve ser o centro das preocupações do Estado. É moralmente equivocado decidir assuntos concernentes à colocação baseados em conflitos de adultos ...sem examinar como eles afetarão as crianças...,

- 2º: as decisões/planos de colocação e visitação devem ter como ponto central os principais vínculos da criança. Devem haver diversos deles, e obter planos que os preservem é difícil. De qualquer forma, essas relações são importantes, e oferecem grande impacto quanto ao desenvolvimento,

- 3º: devemos atingir um plano de colocação que proporcione à criança uma situação estável e perdure durante um longo período,

- 4º: quem quer que esteja cuidando da criança exercendo o papel de genitor deve estar qualificado para tanto. Ele, ela ou eles devem estar aptos a proporcionar segurança, alimentação, moradia, assistência médica e educação. Este é um princípio bem respeitado, o qual tem sido parte da prática social em casos de guarda...,

- 5º: o respeito pela autonomia familiar - o direito do genitor guardião de tomar decisões sobre as condutas do dia-a-dia da vida das crianças – deve ser diminuída para evitar causar danos aos vínculos importantes das mesmas. Por vezes, se requer um esforço extraordinário de duas ou mais partes para que uma delas crie o filho com o envolvimento contínuo do outro. Isto não quer dizer que o Estado deva gerenciar a criação de forma diária. O que o Estado pode fazer é proteger a criança de sérios danos psicológicos resultantes de relações doentes que são importantes para as suas vidas.”⁴⁰

juvenil. Como a situação não se enquadrava em nenhuma das hipóteses a visitação foi indeferida, em detrimento do melhor interesse da criança, deixando-se a solução do caso para a legislação (futura).

40 Tradução livre da autora

Verificamos que alguns dos critérios acima mencionados estão presentes em ambos os artigos, o de WILLEMSSEN e WILLENSON e o citado por LAURIA quais sejam:

- a necessidade de centrar a decisão de guarda na pessoa da criança,
- a aferição do vínculo existente entre os genitores e a criança⁴¹,
- a qualificação de quem pleiteia a guarda, a inexistência de histórico de violência contra a criança ou de dependência química, a oitiva da criança,
- o deferimento da guarda para o genitor que envide esforços em manter com o outro uma relação sadia e constante.

Em suma, os critérios acima elencados versam sobre a criança como personagem principal na decisão do litígio, a importância do vínculo, do afeto, de uma relação não-violenta entre pais e filhos e a existência de boas condições emocionais.

Ressalte-se que todos eles possuem aplicabilidade no direito brasileiro, pois estão em consonância com os nossos valores, devendo ser questões a serem consideradas pelo magistrado no julgamento da causa.

Dessa forma, entendemos que os critérios poderiam ser transpostos e utilizados por nossos julgadores ao decidir ações de guarda, ressalvando-se logicamente as especificidades do caso concreto. Dessa forma, atenuar-se-ia parcialmente a indeterminação total do princípio do melhor interesse.

Não estamos com isso querendo criar um conceito do que representaria o melhor interesse, pois como já salientado, reconhecemos que a sua natureza de princípio traz consigo uma indeterminação a ele inerente, e que não deve ser rechaçada.

Entretanto, essa indeterminação não inviabiliza a indicação de alguns critérios que auxiliem a análise do caso concreto pelo intérprete ou pelo julgador e, por conseguinte ajudem a sinalizar que solução melhor atende àquela criança/adolescente.

Entendemos que os critérios acima indicados, embora tenham sido extraídos de artigos norte-americanos, se adequam à realidade brasileira e

41 E não a concessão “automática” da guarda ao pai ou à mãe

respeitam valores basilares no que tange ao relacionamento familiar como o afeto⁴² e o vínculo estabelecido com aquele que pleiteia a guarda.

Salientados alguns critérios norteadores da aplicação do princípio do melhor interesse, passamos a analisar o tratamento dispensado à família pela legislação brasileira a partir do Código Civil de 1916 e quais os valores o legitimavam.

42 Atualmente se considera o afeto como um valor jurídico