

O SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO E A DEFINIÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

*Maria Lygia Quartim de MORAES**

RESUMO: Poucas instituições sofreram tantas mudanças como as famílias brasileiras. Estas mudanças afetaram tanto o estatuto do casamento quanto as relações de poder e responsabilidade entre pais e mães. Dados recentes comprovam a diminuição do tamanho das famílias, bem como o aumento dos divórcios, assim como das uniões consensuais. É preciso ressaltar que a jurisprudência sobre a família tem acompanhado as mudanças da vida real, como comprovam a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Dessa maneira, a consolidação de novos direitos legais é contemporânea da crescente judicialização das relações sociais. Em outras palavras, o sistema judiciário tornou-se o árbitro das relações entre pais e filhos, amparando suas decisões em disciplinas do campo das ciências humanas. O presente texto apresenta algumas reflexões sobre as consequências deste processo de judicialização no âmbito das relações familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da família. Judicialização. Direitos da criança.

Introdução

A função da justiça, precisamente na medida em que se inscreve na tradição e transmite os valores dominantes aos fundamentos da regulação de uma sociedade revela aquilo que é a essência da sociedade francesa, seus modos de construção da ordem social e da ordem política (COMMAILLE, 2000, p.261).

* UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Departamento de Sociologia. Campinas – SP – Brasil. 13081-970 - maria_quartim@uol.com.br.

A definição da função da justiça, tal como formulada pelo sociólogo Jacques Commaille (2000), acentua o fato de que a esfera jurídica reflete a essência de uma sociedade, revelando a lógica de seu sistema econômico e de suas relações sociais, baseadas nas classes, nos gêneros, nas etnias e nas gerações. E, no Brasil como na França, o processo de judicialização das relações sociais constitui uma importante dimensão das transformações ocorridas entre as esferas ditas da vida pública e aquelas tradicionalmente vistas como esfera da vida privada.

O uso da categoria judicialização origina-se nos Estados Unidos, *judicialization* tendo sido adotada na França sob o nome de *judiciarisation*. Não obstante sua polissemia, uma dimensão essencial de sua definição refere-se às novas formas de legitimação e de legalidade adquiridas através de decisões do judiciário. Em decorrência, observa-se em escala internacional o aumento do poder dos operadores de Direito, em detrimento do Legislativo. Os juízes, em particular, são cada vez mais poderosos, segundo uma tríplice dimensão: na imposição de limites substanciais ao poder das instituições legislativas; na definição do conteúdo e na execução de políticas públicas e na arbitragem da própria atividade política, como acontece com o financiamento das campanhas e no contencioso eleitoral (COMMAILLE; DUMOULIN, 2009, p.66-67).

No Brasil, o termo ganhou notoriedade a partir do trabalho pioneiro, publicado em 1999 sob o título de *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. (VIANNA, et al., 1999). O argumento central do livro, como o nome sugere, é a crescente influência do Poder Judiciário na regulação dos conflitos sociais e o conseqüente empoderamento de seus membros. A judicialização dos conflitos entre trabalhadores e patrões é um dos melhores exemplos nesse sentido. Mas é no âmbito da vida privada que a interferência do Judiciário constitui nosso objeto de estudo. Um exemplo ajuda a entender a questão da judicialização. Apesar do Congresso Nacional não ter ainda votado o projeto de legalização do casamento de homossexuais (da autoria da então deputada Marta Suplicy), a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acatou o recurso de duas mulheres que queriam se casar civilmente. O relator do processo afirmou que “a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento” (IBDFAM, 2011). Com isso, inicia-se uma jurisprudência que, aos poucos, servirá de suporte de legitimidade para casamentos homossexuais.

A judicialização e a realidade brasileira

Uma das consequências do processo de judicialização da política e das relações sociais concerne ao excessivo dimensionamento do Poder Judiciário, o que significa na prática o desequilíbrio relativo dos três poderes do Estado. A questão passa, pois, a ser se o Judiciário brasileiro tem condições de arcar com seus poderes crescentes. Neste sentido, há que levar em conta algumas das características do sistema judiciário brasileiro que enviesam e retardam suas decisões. As principais dificuldades seriam: a demora nas decisões, dada a existência de um excessivo número de instâncias de julgamento; as dificuldades de acesso à magistratura, implicando em uma longa e cara formação o que, por sua vez, implica em que os operadores de justiça sejam originários das classes mais abastadas e nem sempre sensíveis à dimensão social das questões. Ademais, os juízes são muito jovens e sem experiência, ao mesmo tempo que, muito poderosos. Isso sem se falar de uma dimensão de gênero, dada a exclusão de mulheres nos órgãos de poder do Judiciário até muito recentemente.

Nunca é demais lembrar que, em agosto de 1978, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, eliminou todas as 91 candidatas do concurso e proibiu a participação de mulheres no concurso de juiz substituto. Isso em consonância com o argumento do seu então presidente, o desembargador Nelson Arruda, para quem a mulher era considerada inapta para função judicante. Em São Paulo, 1981 foi o primeiro ano de ingresso de mulheres, mas apenas 3 conseguiram enquanto 66 homens foram aprovados nos exames para ingresso no Tribunal de Justiça. Relembrando esses fatos, a desembargadora Kenarik Biykian Felipe (2012, p.7) conclui que o ingresso das mulheres na magistratura paulista foi “resultado de um forte movimento das mulheres advogadas, aliado a outros movimentos feministas e, só então, com muita relutância, o Tribunal aceitou que elas fizessem parte dos quadros deste Poder, mas foram (e são) gigantescas as resistências.” Na verdade, somente em 1995, como resultado da pressão da Associação dos Juízes pela Democracia, uma lei proibiu a identificação dos candidatos, permitindo que a proporção de mulheres aumentasse. Atualmente, temos 2009 juízes em São Paulo (755 mulheres e 1.254 homens) e 352 desembargadores (337 homens e 15 mulheres).

Essas são algumas das razões pelas quais a justiça brasileira não goza de boa fama. Lenta, permeável a influências externas, privilegiando os ricos, pois, só pobre vai para a cadeia, inadequada para as necessidades sociais. A má fama do sistema judiciário não é um fenômeno brasileiro e muito provavelmente tem sua mais profunda razão de ser no sentimento de injustiça da maior parte da população mundial. A peculiaridade brasileira decorre do fato de que somos o país com maior número de recursos da face da terra. Se a sentença não agrada ao cliente ele pode

recorrer a três outras instâncias. Assim, em 2009, a segunda instância contava com 1,78 milhões de processos e o país atingia a absurda cifra de 9,38 milhões processos aguardando julgamento (SOUZA, 2011, p.29).

A dimensão social desta plethora de instâncias e recursos é evidente. A decisão final de um processo leva, em média, cerca de dez anos. O acúmulo de processos incide diretamente sobre a magistratura cujo acúmulo de trabalho justifica a morosidade e o fato de que o juiz não tem prazo para julgar. Do ponto de vista dos advogados, o corporativismo também é muito forte, como ficou evidenciado ao se oporem às reformas que visem agilizar o exercício da justiça.

A mesma morosidade contagia o sistema legislativo, dado o excesso de propostas a ser examinadas, numa média de dez propostas para cada lei aprovada. Com isso, o poder executivo termina por administrar por meio das chamadas medidas provisórias¹. Em outras palavras, o presidente da República, com as medidas provisórias, assume o papel que seria do legislativo e o judiciário não garante a administração da justiça. O que não significa uma perda de poder do judiciário. Pois, o não cumprimento de sua função específica vem sendo acompanhado por uma ingerência cada vez maior na administração da sociedade. Em outras palavras, nas últimas décadas os debates em torno do sistema judiciário ganharam uma nova dimensão, qual seja, a chamada judicialização da sociedade.

O direito de família em foco

Uma das mais importantes contribuições teóricas sobre a questão de gênero recebeu o nome de *Women, the longest revolution* (MITCHEL, 1966), publicado no n.40 da revista da nova esquerda inglesa *New Left Review*. Em 1967 o artigo foi traduzido e publicado na revista *Civilização Brasileira*, respeitando o título inglês, vale dizer: “Mulheres, a revolução mais longa.” O argumento básico do texto é que a situação social da mulher resulta do intrincado entrelaçamento da esfera da sexualidade, mais a esfera da reprodução biológica, mais a esfera do trabalho e, finalmente, a esfera do cuidar (das crianças, basicamente). Assim, a libertação da mulher dependia de uma profunda transformação em todas essas esferas.

Se aplicarmos a análise de MITCHEL (1966) ao Brasil de hoje veremos como o sistema capitalista ocasionou profundas transformações com a incorporação da mulher à esfera produtiva. Do momento em que as mulheres adquiriram autonomia financeira, a dependência dos pais e maridos mudou de figura. Ao mesmo tempo, os

¹ A Constituição prevê que em casos de relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

avanços obtidos nos anticoncepcionais foram decisivos no sentido de permitir que as mulheres tivessem o controle de sua reprodução e, com isso, pudessem desfrutar de sua sexualidade sem riscos de engravidar. Estes fatos objetivos abriram um universo de novas oportunidades, mas, foi preciso um grande e poderoso movimento social para que algumas conquistas legais fossem obtidas.

Nem todos os grupos militantes eram feministas, o que torna a expressão movimento de mulheres mais condizente com as lutas pela democracia, pela anistia, contra a carestia, por creches e pelo fim da violência contra a mulher que agitaram o país nos anos 1975-82. O Ano Internacional da Mulher, em 1975, permitiu um espaço político não obstante o terrorismo de Estado imposto pela ditadura militar. E, dado o machismo reinante, as reivindicações das mulheres eram catalogadas como de pouca periculosidade.

A forte participação feminina foi determinante para que nas primeiras eleições livres, realizadas em 1982, as feministas participassem do governo do Estado de S. Paulo e criassem o primeiro Conselho da Condição Feminina, nos moldes da experiência francesa. E, finalmente em 1988, quando a redemocratização jurídica do país se completou com a nova constituição, conhecida como Constituição Cidadã, as juristas feministas tiveram um papel importante na redefinição dos direitos das mulheres, especialmente, no que se refere à família.

O resultado foi que o Brasil formulou uma das legislações mais avançadas do mundo no concernente aos direitos das mulheres e crianças. O texto do artigo 226 da Constituição Federal – CF de 1988 (BRASIL, 1988) aboliu o sistema de desigualdades entre homens e mulheres, consagrado pelos preconceitos seculares do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916). Esse código apoiava-se inteiramente no Direito Canônico para o qual o casamento era o único meio de se constituir uma família. Nesse sentido, caberia ao marido a chefia, vale dizer, administração dos bens, manutenção material da família, direito de fixar residência, enquanto à mulher era outorgada a função de ser a “companheira, consorte e colaboradora do chefe da família, cumprindo-lhe zelar pela direção material e moral desta.” (Art. 233 e 240)

A família que aparece na CF de 1988 fundamenta-se no princípio da igualdade entre homens e mulheres e é descrita como base da sociedade a quem o Estado garante proteção. Nessa nova família, ambos os cônjuges exercem igualmente os direitos e os deveres referentes à entidade familiar, prevalece o princípio constitucional da igualdade jurídica entre todos os filhos, nascidos ou não no casamento, naturais ou adotados, e a redução dos prazos e das exigências para o divórcio. Finalmente, o preceito legal de família passa a incluir a comunidade

formada por qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo a existência de muitas possibilidades de arranjos familiares².

É interessante observar que a igualdade jurídica entre os gêneros na família não levou à sua dissolução ou enfraquecimento, mas, simplesmente, permitiu sua modernização frente às novas realidades da autonomia financeira das mulheres; a diminuição do número de filhos e os rearranjos familiares. Neste sentido, os dados do Censo Brasileiro de 2010, apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – (IBGE, 2014), não deixam dúvidas. Hoje, vivem três pessoas em média em cada casa; as mulheres são chefes de família em 39% dos domicílios; em 8% dos domicílios mora uma criança que não é parente de um dos cônjuges; as uniões consensuais continuam aumentando, tendo passado de 29 para 36% na última década e cerca de 60 mil domicílios são coabitados por casais homossexuais.

Com o número de divórcios em ascensão, a já citada pesquisa do IBGE aponta que a guarda dos filhos ainda é predominantemente materna. Mas a tendência de guarda compartilhada vem crescendo no Brasil e ganhando cada vez mais espaço nas varas da família. Assim, no período 2001-2011, o percentual de decisões judiciais com compartilhamento da guarda de filhos menores dobrou. Em 2001, apenas 2,7% das separações optavam pela guarda compartilhada. Esse número saltou para 5,4% em 2011. Os números não levam em conta os possíveis recursos das partes. Segundo o IBGE, a Justiça brasileira ainda privilegia a mãe como responsável pela criação dos filhos. Em 87,6% dos divórcios concedidos no país em 2011 as crianças ficaram sob guarda materna.

O direito de família no Brasil e na Europa

No Brasil, o direito de família, cujo âmbito envolve relações afetivas, relações patrimoniais, relações geracionais e de gênero, é o mais permeável à interdisciplinaridade e às práticas de mediação. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Direito da Família - IBDFAM, criado em 1997, constitui um poderoso organismo de produção teórica, debates e pressão política. Um exemplo de jurisprudência inovadora foi estudado no artigo de Janaina Rosa Guimarães (2008), advogada e pesquisadora, intitulado *Filho de criação – O valor jurídico do afeto e a Entidade Familiar* em que é analisada uma série de acórdãos que equiparam as mães de criação às mães biológicas e os filhos de criação aos filhos adotivos, concedendo direitos iguais na pensão e nos bens. Esta jurisprudência

² Seguindo das leis especiais subsequentes em matéria de família (8.971/94 e 9.278/96 sobre união estável) (BRASIL, 1994, 1996); Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990) sobre a proteção das crianças e adolescentes; Lei 8.560/92 (BRASIL, 1992) sobre reconhecimento de filhos fora do casamento.

está em consonância com o direito italiano, com o direito espanhol e o português, mas, avança muito em relação ao código brasileiro. Daí sua conclusão de que muitas destas decisões, a favor do vínculo sócio-afetivo em detrimento da relação sanguínea, implicam no reconhecimento de posse de estado de filho e estão, na verdade, à margem da lei. No entanto, constituem decisões de vanguarda por “reconhecerem nas famílias unidas pelos laços de amor e de gratidão uma relação afetiva, íntima e duradoura. É a verdade sócio-afetiva ganhando abrigo do Direito”, como conclui o artigo.

Portanto, uma das características da nova família é justamente a mudança de pressupostos. Não se trata mais de uma instituição nascida do casamento legal heterossexual e sim da disposição de cuidar de outrem (criança ou idoso, mais vulneráveis por definição). E a legitimidade das relações sociais desloca-se do âmbito do direito positivo para a esfera judicial, fazendo com que a justiça passe a incluir outras formas de família além daquela constituída pelo casamento civil. A tese de doutorado de Alexandre Zarias (2008) apresenta um aprofundado histórico das mudanças legais que acompanham as transformações das relações familiares, do final do século XIX aos nossos dias. Os dados trabalhados por Zarias (2008) comprovam a dupla face da justiça brasileira, especialmente na questão da interpretação das leis. A questão da formação ideológica dos operadores de justiça, especialmente os juízes que dão a palavra final, foi apresentada como uma das dimensões dos vieses nos julgamentos.

Analisando os litígios relacionados às questões de família, Zarias (2008) observa que, na prática, é muito difícil que um juiz conceda partilha de bens quando o casal não tem filhos e a união é consensual, independentemente dos anos em comum. Na pesquisa que realizou em um fórum de família em São Paulo, dos 30 casos analisados, (27 mulheres e 3 homens pedindo o reconhecimento da união com partilha de bens), o juiz reconheceu a união em apenas 3 casos, mas, excluiu o direito à partilha e em apenas um caso houve reconhecimento da união e partilha de bens.

Evidentemente temos aí uma questão de gênero, pois, via de regra, são as mulheres que se responsabilizam pelos gastos com a casa e os homens com o pagamento das prestações das propriedades, tal como pude constatar em pesquisa realizada com cerca de 20 casais na cidade de São Paulo, em que ambos os cônjuges trabalhavam e tinham rendimentos próprios. Na verdade, ainda é o filho registrado em nome de ambos a única garantia de que haverá reconhecimento de direitos de partilha, confirmando o ponto de vista de que é a criança quem faz a família.

A análise comparativa do direito de família consagra o Brasil como um dos países mais avançados em termos de legislação. A tolerância brasileira difere

muito das restrições observadas em legislações europeias. Com respeito à categoria família é interessante observar que os europeus se referem a concubinação e à família natural, cujos direitos, no caso de separação dos pais, variam segundo regras nacionais (os alemães são muito restritivos dadas as vantagens sociais existentes). Uma coletânea de artigos correspondentes à ata de colóquio realizado em 2007 por franceses e belgas sobre o direito de família (KRENC; PUÉCHARY, 2008) mostra, com respeito à privacidade e seus limites: a jurisprudência considerou que, no caso da violência concernente ao casamento, a convenção europeia garante o direito de livre escolha e igualdade entre sexos, mas, não com respeito à dissolução, dadas as diferenças nacionais. Em relação ao conjugal que ocorre, via de regra, na intimidade do casal e sem testemunhas, não se deve permitir que o agressor se escude na tese do direito à privacidade. Os autores citam o advogado Louis Edmond Pettiti, para quem nem tudo aquilo que concerne à vida privada pode ser automaticamente incluído no campo de proteção à privacidade da Convenção europeia. Isso porque “não é suficiente que os comportamentos considerados tenham ocorrido em domicílio privado para que lhes seja assegurado toda imunidade. Nem tudo que ocorre entre quatro paredes é necessariamente admissível³.” (KRENC ; PUÉCHARY, 2008, p.53).

Ao mesmo tempo em que o direito à privacidade não implica em impunidade para com a violência familiar, também os valores que sustentam a categoria família deslocam-se progressivamente para a ética da solidariedade, dignidade, responsabilidade e afetividade, tal como estabelece o projeto de lei conhecido como Estatuto das Famílias, elaborado pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e apresentado pelo deputado Sérgio Barradas (PT-BA). Por novas relações familiares entendem-se aquelas anunciadas na Constituição de 1988 que considera a família como um *locus* do afeto e da formação da pessoa humana para muito além de sua função institucional. A família foi, é e continuará sendo sempre a célula-mater da sociedade em que se inicia a formação dos sujeitos e, portanto, onde nasce a pátria.

Muitos anos se passaram e, das diversas frentes de luta do feminismo, a questão do reconhecimento do cuidar constitui a mais evidente vitória. Quer seja amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA de 1990 quer seja no Estatuto do Idoso de 2003, o princípio da solidariedade e do cuidar encontram respaldo jurídico. Esta valorização do cuidar reflete-se na própria definição atual de família, na medida em que é a família quem cuida. A jurisprudência brasileira acolhe tanto o princípio do cuidar como o da solidariedade e o da responsabilidade.

³ Tradução da autora.

Família é quem cuida da(s) criança(s)

A centralidade da criança (filho/filha) na definição da família constitui um fenômeno contemporâneo de enormes e pouco estudadas consequências. Se pensarmos no modelo extremo, a China, é impressionante a transformação nos valores familiares que se seguiram à política do filho único num país em que os habitantes se contam por bilhões. Enquanto no passado a velhice era a idade venerada e respeitada, o filho único, especialmente nos centros urbanos, transformou uma única criança em descendente de seis pessoas. Quem viaja pela China presencia o espetáculo comum de crianças pequenas seguidas por uma corte de adultos. A drástica redução da natalidade imposta pelo regime chinês criou outras distorções. Como os preconceitos sociais não se apagam em poucas gerações, o estatuto inferior da mulher gerou o infanticídio feminino o que, por sua vez, resultou numa enorme desproporção entre homens e mulheres jovens, levando à importação de jovens de países fronteiriços mais pobres como a Coreia do Norte.

Consequentemente, a queda na taxa de natalidade, por um lado, e o incremento dos divórcios e separações, por outro, deslocaram o centro gravitacional da família do casal para a criança. A francesa Irène Théry (2001), especialista em sociologia do direito, observa que foi em meados dos anos 1960 que se tornou visível a crise da conjugalidade e a instabilidade da categoria família, com as pessoas se casando mais tarde, se divorciando mais, se recasando ou simplesmente coabitando em seguida. Seus dados se referem à situação francesa, mas, correspondem a um processo que foi tomando conta de toda a Europa ocidental.

Em consequência da situação periclitante da conjugalidade a criança passou a assumir cada vez mais o papel crucial na definição de família, assim como foi necessário definir qual seria o melhor interesse da criança no caso da separação dos pais. A mesma conclusão se depreende do direito de família nos quadros da Comunidade Europeia; no que se refere à família, pode-se dizer que o elemento motor é a parentalidade: “é a criança que faz a família quando não há mais coabitação⁴.” (KRENC; PUÉCHARY, 2008, p.63).

Depois da separação, a criança tem o direito de conviver com ambos os pais, segundo o artigo 8º da Convenção europeia e o artigo 7º da Convenção internacional dos direitos da criança. Em casos que envolvem sequestro de crianças, melhor dizendo, quando um dos pais some com o filho, a justiça considera que devem prevalecer os direitos da criança. No caso em que já esteja adaptada não seria conveniente uma mudança, mas isso nunca deverá acontecer pelo descaso do sistema

⁴ Tradução da autora

em encontrar a criança, segundo o artigo 6§1er, da Convenção internacional, que garante um direito equivalente num prazo razoável.

Quem decide sobre o melhor interesse da criança?

No discurso jurídico o interesse geral apresenta-se sob o aspecto de uma norma. É em nome do interesse geral que se institui uma obrigação ou se fixa uma interdição, prescrevendo modelos de comportamento. Do ponto de vista dos governos, o interesse geral deveria ser um guia e um ideal de ação. Mas, como observa François Rangeon (1986, p.233), especialista no tema, o interesse geral é sempre uma norma imprecisa, e adaptável. Estudando a difusão da ideologia do interesse geral para outras instituições não estatais, ele observa que “o interesse geral está sempre no coração de qualquer instituição, concluindo que a ideologia do interesse geral é o complemento da noção de instituição pois o poder institucional é um poder que se exerce em nome do interesse geral”.

Na era dos direitos, como bem definiu Norberto Bobbio (2004), as mulheres, as crianças, os adolescentes, os negros e os velhos, entre outros, obtiveram direitos especiais, quer seja por meio de políticas de reparação (a chamada discriminação positiva, como as quotas), quer seja por leis de proteção como o estatuto das crianças e adolescentes e o estatuto dos idosos. No caso dos incapazes jurídicos, como as crianças e adolescentes, mesmo o princípio generoso de priorizar seus interesses não resolve a questão de quem define tais interesses. Nesse sentido, como não concordar com a observação de Olivier Paye (2010, p.184) de que a figura do interesse geral não evita a existência de visões opostas e conflitantes sobre o que seria, na verdade, esse melhor interesse. No caso do direito de família, ele observa que muitas vezes invoca-se o direito da criança para, na verdade, garantir o direito das mães ou dos pais.

A defesa dos interesses da criança levanta problemas éticos e morais. Não basta a judicialização da infância e a declaração formal de seus direitos humanos. Dada a sua vulnerabilidade, a posição jurídica da criança é muito especial. Não pode ser incluída em outros grupos sociais discriminados, pois, sua condição é transitória: não há como confundir-la com discriminações baseadas em gênero ou etnia. O grande marco da questão no Brasil foi a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA pela Lei 8069, em 13 de julho de 1990. O ECA confirma a tese de que o aprofundamento da democracia se dá pela extensão dos direitos a categorias especiais de cidadãos. A importância do ECA consiste em estabelecer estes parâmetros, assentados em dois pressupostos: a) as experiências

da criança nos primeiros anos de vida são decisivas para seu desenvolvimento futuro e b) a criança não “conquista” seus direitos da mesma maneira que o adulto pela simples razão de que depende do adulto (instituições ou família) para tanto. Importa ressaltar que o ECA, considerado uma das mais avançadas legislações em escala mundial, foi conquistado pela perseverança de vários movimentos sociais, porta-vozes da pedagogia winnicottiana. Segundo Donald Winnicott (1989) é o amor daqueles que nos cuidam que alimenta em nós a possibilidade de amar e cuidar quando formos adultos.

São esses os pressupostos ideológicos e teóricos do ECA que permitiram que os direitos das crianças não permanecessem no vasto e impreciso campo dos **direitos humanos** pois, como é óbvio, trata-se de um sujeito de direitos que não pode falar por si mesmo. Assim, na tentativa de ancorar a proteção à criança e ao adolescente em diretrizes mais sólidas, que pudessem ser efetivas em termos de suas necessidades específicas, o ECA constitui um avanço jurídico⁵. Mais recentemente, novas leis vieram reforçar os direitos das crianças. A equiparação de direitos entre todos os filhos – naturais, adotivos, nascidos ou não na vigência do casamento – constituiu um primeiro passo fundamental no sentido da proteção das crianças. Não menos importante foi a lei da Paternidade Presumida (Lei n.12.004, sancionada em julho de 2009) pela qual a recusa do pai presumido em fazer exame de código genético sempre será entendida como confirmação da paternidade (BRASIL, 2009).

No entanto, como todo o Estatuto, o problema não reside no espírito da lei mas no estado de espírito do juiz. A alienação parental e algumas de suas desastrosas consequências comprovam a discrepância entre a lei e sua aplicação. Em agosto de 2010 (BRASIL, 2010) o Brasil adotou uma legislação específica para combater a alienação parental, prática nociva à formação de crianças e adolescentes (Lei 12.318/2010). O termo alienação parental proposto pelo psiquiatra americano Richard Gardner (1985), nomeia a ação nociva para a subjetividade de crianças e adolescentes, induzida ou promovida por um dos genitores, avós ou por quem detenha a sua guarda, para que repudie o outro genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos.

E, numa demonstração prática dos crimes que podem ser cometidos em nome da alienação parental, temos o exemplo de uma menina de 5 anos de idade, Joanna Marcenal Marins, que morreu no Rio de Janeiro no dia 13 de agosto de 2010. A partir daí veio a público a denúncia da mãe com respeito aos maus tratos sofridos

⁵ Entretanto, no concernente à questão da adoção o ECA preconiza a **adoção fechada**, vale dizer, impede que a criança conheça suas origens, privando-a da verdade sobre sua própria história.

pela criança que, debilitada, contraiu meningite viral. O laudo do Instituto Médico Legal confirmou lesões graves no corpo da menina e o depoimento da babá da criança, narrando os sofrimentos impostos pelo pai e pela madrasta que deixavam a menina suja e amarrada, levando o delegado a decretar a prisão do pai André Marins.

A menina nascera de uma relação curta entre André e a médica Cristina Marcenal. O pai não queria manter relações com a criança mas foi obrigado a pagar uma pensão. A partir de então entrou na Justiça com pedido de guarda da menina e, apoiado na Lei de Alienação Parental, conseguiu não somente a guarda, mas, também que mãe fosse proibida de entrar em contato com a filha. Acontece que André Marins é técnico judiciário e conhecido do juiz que lhe concedeu a sentença favorável e ex-aluno da promotora que não acatou a denúncia do delegado após a morte da menina.

O caso revela as diversas mazelas do sistema de justiça, ademais da psicopatia paterna. Como se sabe, via de regra, os pais não poupam seus filhos por ocasião da separação. Os filhos são utilizados como arma na guerra parental e é inegável que aquela(e) que detém a guarda da criança tem maiores possibilidade de jogar a(s) criança(s) contra o progenitor(a). Mas nenhuma pessoa com um mínimo de bom senso entregaria uma criança de 5 anos de idade a um pai com o qual teve pouca convivência e proibiria qualquer contato com a mãe que detinha a guarda. Mas, os juízes têm este poder e estão acima de qualquer punição. No caso da menina (Joana) morta pelo pai, houve ingerência (do Estado) abusiva no direito da mãe de ver sua filha, respaldada pela impunidade do juiz e da promotora.

O efeito perverso de uma lei importada de outra realidade e implantada no país pela pressão de advogados do IBDFAM comprova o jurisdicismo dominante e a crença no poder miraculoso da lei. Sem levar em consideração o contexto social em que a lei é aplicada, corre-se o risco de, em nome dos direitos da criança, garantir os interesses do progenitor que tiver mais dinheiro para pagar um advogado ou mais amigos entre juízes e promotores.

O contraponto às falácias da lei da alienação parental tem sido a atuação da desembargadora Nancy Andrighi, atualmente ministra do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e defensora da guarda compartilhada. Em recente caso de disputa pela guarda de uma criança, seu voto foi o seguinte: “a guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muita acuidade, a realidade da organização social. Assim, a guarda compartilhada é ideal⁶.” Com isso, consolida-se uma nova jurisprudência que pode atenuar os efeitos perversos da discutível lei da alienação parental.

⁶ IBDFAM. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=4614>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

Os conselhos tutelares e seus limites

Uma etnografia do antropólogo francês Bruno Latour (2004) sobre o poderoso *Conseil d'Etat* francês revela um cotidiano de conversas, telefonemas, pressões e conchavos, comprovando a banalidade do fazer jurídico. Outras questões decorrem das consequências da judicialização. Na medida em que os movimentos sociais têm objetivos ou demandas parciais seu potencial político é limitado, não somente em termos da sua capacidade de mobilização, mas, também em termos de seu tempo de vida. É por isso que o descrédito dos partidos políticos, cuja função clássica é representar/defender interesses mais amplos, referidos às classes sociais, constitui um problema para o desenvolvimento da democracia. A resolução dos conflitos pela via judiciária desloca a arena da luta fazendo com que o juiz seja o grande e exclusivo árbitro.

Desta maneira, por um lado temos a desmobilização política e a perda dos objetivos maiores de transformações sociais assim como o refluxo dos movimentos sociais e o aparelhamento dos partidos políticos. Em contrapartida, observa-se a transformação do Congresso numa arena de disputas em que as bancadas religiosas crescem assustadoramente dado que são elas os substitutos da representação política das classes populares. O trabalho político que os movimentos sociais faziam décadas atrás, hoje está sendo feito pelas diversas denominações dos evangélicos. Essa influência é notória na disputa por cargos nos vários organismos de participação democrática, como os conselhos de saúde.

Os Conselhos Tutelares, criados em 1990 com o objetivo de efetivar o ECA em nível dos municípios, constituem um bom exemplo de um órgão que não é vinculado ao Judiciário e sim ao Poder Executivo (prefeituras) e goza de autonomia. Eles são criados por iniciativa do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Segundo o art.132 do ECA “em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local pelo mandato de três anos, permitida uma recondução.” Para se ter uma ideia da importância crescente dos Conselhos Tutelares, basta citar a cidade de São Paulo onde existem, hoje, 44 Conselhos Tutelares. Na última eleição, realizada em outubro 2011, cerca de 200 mil pessoas votaram (basta morar no município e ter título eleitoral). Os candidatos chegaram a 1.012 disputando 230 vagas, vale dizer 23 candidatos por vaga.

Ademais de uma demonstração de efetiva participação popular, a disputa por um cargo nos Conselhos Tutelares também revela a crescente participação de candidatos pertencentes às igrejas e seitas religiosas, reforçando as dificuldades do laicismo na República brasileira. À diferença dos anos 1970 em que a esquerda

laica e a esquerda católica da Teologia da Libertação tinham forte presença nos movimentos sociais, a hegemonia da ala mais conservadora da igreja católica possibilitou o aparecimento de outras correntes religiosas que gradativamente ocuparam o espaço dos católicos de esquerda. Ao mesmo tempo, o processo de redemocratização permitiu a reorganização partidária, levando ao surgimento do Partido dos Trabalhadores - PT e ao deslocamento de muitos de seus militantes de base para a arena da política partidária, com crescente afastamento de suas bases de origem.

Assim, também os evangélicos e outras seitas religiosas ganharam força nos bairros das periferias urbanas e aos poucos passaram a atuar politicamente no Congresso. Evidentemente que, da mesma maneira que a igreja católica, são conservadores em tudo ao que concerne aos direitos reprodutivos ou reconhecimento dos direitos dos homossexuais. Em consequência, muitas decisões do Congresso dependem e dependerão da correlação de forças entre bancadas religiosas e laicas.

Ao mesmo tempo, as camadas médias e altas cada vez mais se secularizam e rejeitam entraves ou restrições ao livre exercício da sexualidade, às novas famílias e rearranjos familiares. Nesse sentido, como já foi dito, o IBDFAM pode ser considerado como a instituição mais progressista com respeito ao direito de família, não obstante a defesa que faz da judicialização das relações familiares, como no caso da lei da alienação parental.

Concluindo

De tudo o que foi dito, cabem algumas considerações. De um lado, há o fato objetivo do fenômeno da judicialização, um fato social, tal como descrito por Emile Durkheim. Fenômeno esse que é mais peculiar nas democracias ocidentais, como na França, Alemanha, sem se falar dos Estados Unidos. Nesta medida, não se trata de dizer se é bom ou ruim, mas, de entender suas consequências. A judicialização nos interessa em três dimensões: a dos legisladores; a dos agentes da justiça e a de cidadãos e cidadãos envolvidos em disputas jurídicas.

O Legislativo, transitório, mudando a cada eleição, dependendo do apoio dos eleitores e do financiamento das campanhas, parece mais vulnerável às pressões de grupos de interesse, tanto financeiros como religiosos. Assim, um projeto de lei pode rolar anos pelas duas casas do Congresso até ser sancionada pelo Executivo.

O poder judiciário goza de prerrogativas únicas, como a vitaliciedade e autonomia financeira garantida constitucionalmente. O estatuto de funcionários especiais de que goza a magistratura é materializado, por exemplo, no direito

à pensão igual ao último provento. Em outros termos, trata-se de um estrato privilegiado. Nessa medida e dada a transitoriedade e rotatividade dos cargos eletivos, o Judiciário poderia ser o salvaguarda dos direitos dos cidadãos. Mas a origem social e a formação teórica ministrada na maior parte dos cursos de direito, está dominada pelo formalismo jurídico, pelo predomínio do direito contencioso e pelo distanciamento dos problemas sociais da realidade brasileira.

A terceira dimensão que nos interessa é a da relação da judicialização com o exercício da cidadania. Nesse sentido, tomamos o direito de família como exemplo da dinâmica do processo de judicialização da sociedade. O interesse da justiça de família reside, antes de mais nada, em sua conexão com a realidade factual, porque, como bem observa Maria Berenice Dias (2014), uma das mais citadas autoras de vanguarda na jurisprudência atual, o fato de alguma coisa estar fora da lei não significa que não exista.

Está em estudo no Legislativo da proposta denominada de Novo Estatuto da Família, de autoria da senadora Lidice da Mata. Este estatuto legitima a existência de famílias paralelas, definindo direitos. Em outras palavras, o novo estatuto deve garantir direitos a ambas (ou mais) famílias de um indivíduo que, anteriormente, seria preso por bigamia. Nesse sentido, não é mais o casamento que produz a família e sim a convivência e o cuidar. O que, evidentemente, amplia em muito as possibilidades de famílias.

Todas essas mudanças supõem uma rede de interesses e grupos que se articulam na defesa da diversidade sexual e familiar, tendo seus teóricos em advogados e parlamentares. Já mencionamos a importância do IBDFAM na formulação e defesa das mudanças do direito da família. No Boletim de Jurisprudência do IBDFAM os associados podem ler a íntegra de julgamentos que consagram as ideias progressistas de juristas que também são membros do IBDFAM, caso de Maria Berenice Dias que é das mais citadas quando se trata de novas jurisprudências, como já foi assinalado. Assim, pode-se dizer que a judicialização pode assumir conotações democráticas e igualitárias ou classicistas e tradicionalistas.

Mas é preciso ser dito que o maior problema é a própria família e a precariedade dos equipamentos públicos para crianças, a começar pelas creches e escolas primárias. A psicóloga Fúlvia Rosemberg cunhou a expressão de pais infantofóbicos para definir a omissão pública na questão das creches e escolas. E, finalmente, chegamos às famílias com pais e mães de carne e osso, capazes de amar, mas, também de usarem violência verbal ou física. Como se sabe, as crianças são especialmente vítimas de violência de familiares e a violência doméstica é uma realidade com que nos deparamos cotidianamente. As mesmas leis ou jurisprudências que se propõem a defender o melhor direito da criança pode ser instrumento de luta

dentro do casal (hetero ou homo) pela guarda dos filhos ou então pelo desejo de desincumbir-se dele. A denúncia de alienação parental pode alimentar projetos de vingança como o da menina Joanna.

Assim, no caso do direito de família a dimensão positiva da judicialização refere-se principalmente ao princípio da defesa da criança, o que inclui a legitimação das mais variadas composições familiares e a jurisprudência baseada nos direitos e deveres de ambos os progenitores com relação à progeneritura e, em casos de separação, a prevalência da guarda compartilhada. Nessa medida, o documento norteador das decisões dos tribunais, quando a questão familiar envolve crianças é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dele decorre o princípio de que a justiça deve ser orientada pelo melhor interesse da criança. E a família, como corolário, passa a ser definida pelo cuidar. Família é quem cuida, e não simples ou exclusivamente pais e filhos consanguíneos.

Em resumo, o melhor interesse da criança pode ser estabelecido tanto pela jurisprudência, refletindo a influência de grupos organizados da sociedade civil, quanto pelo Congresso, a partir do embate entre concepções laicas e religiosas. Dessa maneira, a proteção das crianças transforma-se em mais uma das muitas arenas de disputa politico-ideológica do país. Este é um dos muitos paradoxos da democracia brasileira.

THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM AND THE DEFINITION OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD

ABSTRACT: *Few institutions have undergone such profound changes as the Brazilian family. The changes affect both the institution of marriage and the relations of power and responsibility between mothers and fathers. Recent data confirms that family size has decreased as well as divorce and consensual unions have increased over time. It is necessary to highlight that changes in family laws have followed changes in real life as shown in the 1982 Constitution and the 1990 Statute of Children and Adolescents. Thus, the consolidation of new legal rights is accompanied by the increasing judicialization of social relations. In other words, the judiciary has become the arbiter of relations between parents and children, bolstering decisions in the field of human sciences. This paper presents some considerations on the implications of the judicialization of family relationships.*

KEYWORDS: *Family rights. Judicialization. Children rights.*

Referências

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de Agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Lei 12.004, de 29 de julho de 2009. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Lei n.9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Lei n.8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Lei n.8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos for a do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n.3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jan 1916. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

COMMAILE, J. **Territoires de justice: une sociologie politique de la carte judiciaire**. Paris: PUF, 2000.

COMMAILLE, J. ; DUMOULIN, L. Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. **L'Année sociologique**, Paris, v.59, n.1, p.63-107, 2009.

DIAS, M. B. Publicações. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, n.6, p.9. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/revista-ibdfam>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

FELIPE, K. B. Conquista pela indignação e luta. **Caros Amigos**, São Paulo, n.esp., mar. 2012.

GARDNER, R. A. Recent trends in divorce and custody litigation. **The Academy Forum**, New York, v.29, n.2, p.3-7, 1985.

GUIMARÃES, J. R. Filho de criação: o valor jurídico do afeto e a entidade familiar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Janaína%20Rosa%20Guimarães>. Acesso em: 6 jun. 2014.

IBDFAM. **Boletim Eletrônico**. n.223 de 26 out. 11. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/publicacoes/newsletter>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <www.censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 6 jun. 2014.

KRENC, F.; PUÉCHARY, M. (Dir.) **Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme**. Limal, Bélgica: Edition Nemesi, 2008. (Collection Droit et Justice, 78).

LATOURET, B. **La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État**. Paris: La Découverte Poche, 2004.

MITCHELL, J. Women, the longest revolution. **New Left Review**, Londres, n.40, p.11-37, dec. 1966.

PAYE, O. Approche socio-politique de la production législative: le droit comme indicateur de processus de décision et de représentation politiques. In: COMMAILLE, J.; DUMOULIN, L.; ROBERT, C. (Dir.). **La juridicisation du politique: leçons scientifiques**. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010. p.174-190.

SOUZA, P. Processos emperram a Justiça. **Tribuna do Direito**, São Paulo, n.220, p.3, ago. 2011.

RANGEON, F. **L'Idéologie de l'Intérêt Général**. Paris: Economica, 1986.

THÉRY, I. **Le Démariage : justice et vie privée**. Paris: Editions Odile Jacob, 2001.

VIANNA, L. W.; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WINICOTT, D. W. **Tudo Começa em Casa**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

ZARIAS, A. **Das leis ao avesso: desigualdade social, direito de família e intervenção judicial**. 2008. 337f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

Recebido: 16/04/2013

Aprovado: 5/03/2014

