

GUARDA DE MENOR – CAMINHANDO PARA UMA ÉTICA HUMANÍSTICA

**Netônio B. Machado. Juiz de Direito. Professor
da UNIT. Professor da ESMESE Membro do
IBDC. Membro do ISEC**

INTRODUÇÃO

O juiz, como qualquer profissional de qualquer área, como qualquer ser humano, embora um tanto sujeito da história, é vítima das armadilhas postas pela cultura que o influenciou.

Nesse ponto, o livre arbítrio é mais figura de retórica que o mito da liberdade absoluta da vontade engendra nas elaborações discursivas.

Afinal, como registra Souto Maior Borges em seu livro *Ciência Feliz*, “A existência humana se move, toda ela, entre os extremos da autodeterminação pela vontade e o determinismo das circunstâncias”.

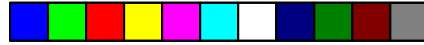
Isso equivale a dizer que nem o determinismo das circunstâncias nem o decisionismo da vontade, nenhum deles, isoladamente, rege uma vida.

Nesse contexto há de conceber-se boa parte da conduta das pessoas ultrapassando os limites do “sujeito”, transpondo as raias da sua vontade como ato livre da vida para substanciar-se da natureza de acontecimento historial.

Por isso, a assertiva de Ortega y Gasset: “Eu sou eu e a minha circunstância”, reportada por Souto Maior.

Na medida em que uma dada ocorrência da vida, inexpressiva em tese, transmuda-se em fator de extremo significado atuando sobre alguém, a vontade nada ou quase nada pode contra esse fenômeno.

O que propiciará as condições para um novo quadro circunstancial ensejando o eclodir de uma nova lógica a apontar novas conformações para velhas questões é a superposição de elementos



marcadamente significativos, só por si ou pela potencialização desse adicionamento, amalgamando situações emocionais e comocionais eficazes para interferir nos condicionamentos anteriores, reformulando-os.

A agregação de outros fatores contribuirá para a conferência de peso e graduação a esse conjunto de elementos, resultando num singular e parcial determinismo incidindo sobre cada indivíduo.

A imbricação desses elementos faz a circunstância, subjetivamente considerada.

Para que o espectro circunstancial –chamemo-lo assim– tenda a reconfigurar-se, parece-me necessário romper com as formas tradicionais de autoconsciência, reagir às “auto-imagens conhecidas e altamente valorizadas”, revisando os conceitos que petrificaram a idéia de valores por nós assimilados, como sugere Norbert Elias em sua *Sociedade dos Indivíduos*.

Isso, parece, é o que justifica a diversidade de comportamentos individuais diante de um mesmo fato objetivamente considerado.

O CONTINGENCIAMENTO HUMANO

Percebe-se, pois, que os juízos de valor subjacentes de determinada cultura são, necessária e sub-repticiamente, imperativos e orientadores das ações.

A contingencialidade da nossa condição humana não nos permite ir muito além dessa realidade; afinal ser produto da condição humana junte-nos a essas limitações, uns mais, outros menos, porém todos limitados, sem dúvida.

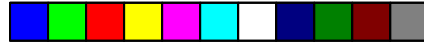
Estamos todos constrictados nessa nau cujas comportas nem sempre se abrem ao nosso alvedrio e cujo leme nem sempre atende nosso comando racional.

Com muito esforço superaremos algumas dessas limitações, porém delas libertar-nos, em termos absolutos, é quimera esmaecida ou não seríamos humanos.

Agrava-se esse contingenciamento, no plano da nossa formação cultural.

Não somos trabalhados senão para ser domesticados.

O envenenamento dos valores nos é imposto pelas conveniências sacralizadas dos fatores reais de poder. Estes, a seu turno, são exercidos por elites nem sempre legitimadas para a condução de qual-



quer processo por faltar-lhes sensibilidade, percepção e assimilação do fenômeno humano e comprometimento com os imperativos psicossociais afinados com a axiologia da dignificação do homem como meio e fim da afirmação da humanidade.

Somos educados, em regra e infelizmente, para homenagear a conclusão institucionalizada e não para expressar nosso sentimento ético em relação a um dado fato, quando esta última manifestação estaria despertando nos outros o mesmo sentimento estimulante para idêntico agir.

Essa “educação” garante a preservação do *status quo* e estigmatiza os dissidentes do modelo institucionalizado.

Por certo que ao ler este trabalho alguém menos afeito a este tipo de reflexão assacará: mas que abordagem chata, inconsistente, tola!....

Eu me limitaria a responder, com Platão: “Não estamos discutindo nenhum assunto trivial, mas como devemos viver” (*A República*) ou, ao menos, do que devemos tomar consciência para melhor viver.

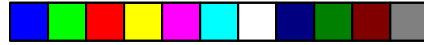
Esta abordagem propedêutica conduz-nos à questão de fundo, que é a relativa a uma visão mais humana e ética da guarda de menor, cujo tema é apenas emblemático das vicissitudes a que estamos sujeitos, comportando mil e um desdobramentos no processo empírico existencial.

Este trabalho não encerra nenhuma preocupação dogmática, nem se anima de qualquer pretensão a ser a última palavra em nada. E nem poderia alimentar essa veleidade.

CONTEXTUALIZANDO A QUESTÃO EM NOSSA SOCIEDADE

Enfrentemos, ainda que superficialmente, o tema enunciado no título deste trabalho, já estabelecendo que nenhuma conclusão sobre a análise de qualquer matéria se legitima se não corresponder ao que, implicitamente, estiver contido na premissa.

Partindo desse raciocínio, não será despropositado afirmar que a conclusão, por exemplo, de que o menor deve permanecer, preferencialmente, na companhia e sob a guarda dos seus familiares (considerada aqui a família natural, consangüínea), traz implícita na premissa a noção de que é na família que se densifica o núcleo afetivo e protetor da criança ou do adolescente resultando, então, desse ele-



mento intrínseco, a construção imperativa determinante dessa eleição irmanada com o comando expresso nos artigos 19 e 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em verdade, a despeito de só o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ter vindo a falar, expressamente, na proteção integral à criança e ao adolescente (artigos 1º e 3º), a *ratio iuris* dos precedentes legais da espécie sempre foi essa. Assim me parece.

Pena que a nossa formação acadêmica, extremamente positivista, nem sempre se dê conta da teleologia informadora do conteúdo material da norma posta preferindo, com lamentável freqüência, uma exegese que beira a literalidade indigente de abrangência universal, porém propiciadora de cômoda interpretação da lei sem exigência de maiores esforços cerebrinos por parte do intérprete.

Nosso arquétipo cultural, forjado na bigorna do elitismo colonialista decaído, de cunho machista, irracional, intolerante e egoísta, muitas vezes inverte o processo analítico do objeto do estudo e, ao invés de observarmos o fenômeno para compreendê-lo *a posteriori*, interpretamo-lo *a priori*, à luz das nossas idiosincrasias; distorcemos o fenômeno da nossa teorização para desenvolver uma lógica que o conforme aos nossos valores, por mais falsos que sejam, pouco importando as conseqüências dessa promiscuidade científica.

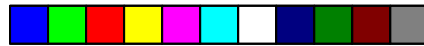
Importa apenas acomodar o fenômeno à moldura preexistente dos nossos interesses obtendo a resposta que já estava, adredemente, elaborada. Lastimável ofensa ao método científico.

O VESGO ACADÊMICO

Vítima da hipérbole do positivismo, legada pelo modelo acadêmico que plasmou nossa mentalidade jurídica, foi essa imperfeição elevada ao nível de sacralização, imolando no altar da caturrice conservadora a perspectiva teleológica construtiva, atualizante e legitimadora de qualquer lei de qualquer hierarquia.

Essa deformação veiculada nas escolas de Direito como correta metodologia da interpretação dos textos legais difundiu-se –como não poderia deixar de ser– e contagiou toda a sociedade sem oblióvio, porém, de que alguns escapam a esses contágios, mesmo nas epidemias mais virulentas, o que não altera muito o quadro desolador.

Reflexo dessa mentalidade é o modo como, por exemplo, a mídia nacional vem saudando, efusivamente, a expectativa da edição,



pelo Congresso Nacional, de lei autorizando a guarda compartilhada de menor.

E, sob esse apequenamento, é de intuir-se que, mesmo quando sancionada essa lei –que não dirá mais do que já está dito no espírito do ECA e do próprio Texto Magno, precisamente na contextualização do artigo 3º em sintonia com aquele microssistema jurídico e dessas disposições com a tratativa constitucional dispensada à família e sua proteção–, tenhamos arrefecidas nossas perspectivas de concretização da almejada guarda compartilhada porque teremos de aguardar a regulamentação do texto acaso editado pelo Congresso.

E nessa marcha seguiria o processo: um passo à frente, outro atrás.

Pois bem. Se, como disse linhas atrás, imanente ao conceito de família, no que respeita à proteção do menor, erige-se a inferência insuperável preexistente e subsistente de um núcleo afetivo e protetor, chega-se a duas conclusões imperativas: uma, a de que não se inscrevendo, substancialmente, nesse núcleo afetivo e protetor estará desqualificado o candidato a guardião do menor, ainda sendo família; a outra, é a de que –embora sem vínculo consanguíneo– aquele que congrega os predicados configuradores da almejada afetividade e proteção ao menor toma a feição psicológica de família para os fins preconizados no artigo 3º do ECA.

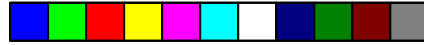
É como intuo, preocupado com a melhor situação para os problemas do menor.

A situação, porém, adquire contornos de complexidade quando o portador dos atributos que o qualificariam como guardião refoge aos padrões tidos pela sociedade como regulares de conduta.

Verbi gratia aqueles cujas opções de parceiros para as suas relações amorosas recaem em consortes do mesmo sexo: os chamados homossexuais ou bissexuais.

Nessas situações a tempestade da intolerância agita toda a poeira do tempo e se arma de toda a carga de preconceito como erupção brutal de um vulcão, não permitindo uma pitada mínima de bom senso, de equilíbrio, de racionalidade a orientar o equacionamento da questão em bases justas voltadas para a satisfação dos mais relevantes e vitais interesses do menor.

Subverte-se o espírito da lei; posterga-se o objetivo do seu enunciado teleológico de proteção do menor, não sem um discurso faustoso de retórica sustentada por uma lógica apta a ilaquear a boa-fé dos



incautos com a blandícia de argumentos que não resistem a um questionamento mais profundo.

E o que, geralmente, encerram esses discursos? Encerram, via de regra, a apriorística e pífia alegação de que alguém que é homo ou bissexual (seja homem ou mulher) será, sempre, uma péssima influência para o menor. Promove-se sua execração, pouco importando a singularidade do exercício dessa opção excepcional; a responsabilidade individual do execrado; sua educação e conduta cívica; sua contribuição social como profissional às vezes competente e destacado; seu respeito à dignidade das pessoas.

Esses e outros valores são lançados, comumente, no ralo da indiferença analítica dos que têm o dever legalmente imposto e humanamente concebido de velar pelo bem-estar do menor, sacrificados em homenagem à intolerância e à extrema injustiça.

As previsíveis conseqüências, para o infante, da ruptura de uma relação de maternidade ou paternidade psicologicamente desenvolvida, com irradiações para toda a sua vida, não são confrontadas com os males que poderia suportar se acaso permanecesse na companhia e sob a proteção dessas pessoas.

Só desse confronto de situações a serem perfilhadas poder-se-ia chegar à conclusão de qual seria a solução menos gravosa para o menor, a que mais se aproximaria do ideal de sua proteção total.

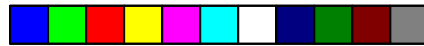
Os argumentos brandidos pelos arautos do radicalismo contra essas minorias são, quase sempre, passionálissimos e estéreis, incursionando pelo terreno da insídia.

Sem dúvida, por conta da sociedade que é machista e, muitas vezes intolerante; que elege tipos para descarga de suas frustrações e inseguranças; que, não raro, mascara com a agressão medos ancestrais com os quais ainda não se habituou a conviver, -sem dúvida essa cornucópia de fatores predisponentes deflagrará ações de terceiros que bem poderão vir a incomodar o menor.

É um dilema a desafiar solução.

CONCLUSÃO

Tenho para mim, no entanto, que o equacionamento da questão haverá de passar pela análise da personalidade do pretense guardião, sua estabilidade emocional, sua conduta profissional, sua responsabilidade diante dos compromissos assumidos, a discrição nos seus



relacionamentos amorosos e a definição do tipo de parceiro escolhido sem embargo, por óbvio, da condição econômico-financeira de quem pretende ter essa guarda.

De importância transcendental será o aferimento do grau de afetividade determinante da relação estabelecida entre o menor e o candidato a seu guardião.

Evidentemente não é exaustivo o rol de considerações aqui elaborado.

Por fim, convém assertar que, em nome mesmo da mais ampla e eficaz preservação dos interesses relevantíssimos do menor, a prática a ser adotada por quem vier a decidir essas questões deve nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É que, seja qual for a decisão, por certo ao menor sempre restará algum desconforto, passageiro ou não; imediato ou mediato; relativo ou intenso; com irradiações ou não para outras etapas da sua vida.

Um pouco de sofrimento, incontornavelmente, o menor suportará.

A tarefa crucial do juiz será a de, nessa eleição de alternativas, sufragar a menos prejudicial ao menor.

Não é coisa fácil.

Por isso mesmo, penso que essa conclusão não deve ser obra de reflexão escoteira do juiz, mas resultado de sua apreciação em concurso com uma equipe técnica multidisciplinar composta de psicólogos, pediatras, assistentes sociais, pedagogos, todos qualificados para o opinamento pertinente.

Só assim legitimada, essa decisão será substancialmente imperativa, porque não vinculada a um sentimento menor resultante apenas de condicionamentos culturais não homologados pela razão, mas tutelada por uma lógica racional humana e humanizante e por uma hermenêutica inspirada numa ética material de valores assim informados.

Sem olvido de que nem sempre podemos realizar o ideal, resta, porém, inabalável a convicção de que é sempre possível construir o razoável.

Essa relativização, contudo, não deverá arrefecer o ânimo pela busca da melhor solução entre as possíveis de ser adotadas, sempre presente a preocupação de preservar, na medida do possível, os vínculos familiares naturais, ainda quando o guardião não integrar a família consanguínea.



Esse será, no meu modo de ver, um juízo ético da questão, intuindo com o contexto moral da guarda do menor assimilada sob o aspecto fundamental da sua conveniência intrínseca, carecendo o julgador de ser tocado mais profundamente.

Não se trata, aqui, do juiz apenas cumprir o seu dever de dar um guardião ao menor, mas de fazê-lo corretamente, o correto possível, o intrinsecamente correto, sob pena de, em nome de uma mera represália a essas minorias, ferir os sagrados interesses dos menores aos quais a lei quer proteger, integralmente.

Penso que a injustiça será múltipla e superlativa, se não percorrer, entre outros, esses caminhos.

