

O DIREITO A VOZ DE CRIANÇAS E A EXPRESSÃO DE OPINIÃO NOS PROCESSOS RELACIONADOS AO DIREITO DAS FAMÍLIAS: TEORIA E PRÁTICA

Gláucia Martinhago Borges Ferreira de Souza¹

Johana Cabral²

Resumo

O presente trabalho trata da análise sobre a relevância da oitiva das crianças nas demandas judiciais relacionadas ao Direito das Famílias, para fins de julgamento da lide, vez que, por serem consideradas pela lei civil como absolutamente incapazes, são representadas por seus genitores ou guardiões, pelo instituto da representação, o que muitas vezes pode prejudicar seus direitos, necessidades e reais vontades. Objetiva, para isso, discorrer sobre o reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos e a análise das crianças dentro do âmbito familiar, com enfoque no poder familiar. Objetiva, também, analisar a existência de leis que possibilitam a oitiva das crianças em processos judiciais, bem como se na prática elas são obedecidas. O método de procedimento foi o histórico-crítico e o de abordagem, dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Crianças. Direito de Família. Oitiva. Processos judiciais.

Abstract

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, coordenado pelo prof. Dr. Ismael Francisco de Souza. E-mail: glauciaborges@icloud.com

² Mestranda em Direitos Humanos e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Pós-graduanda em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas da UNESC. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. Taxista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior – PROSUC/CAPES e UNESC/PROPEX. E-mail: johanacabral712@hotmail.com

The present work deals with the analysis on the relevance of the hearing of the children in the lawsuits related to Family Law, for the allegations of judgment of the law, since, being considered by civil law as absolutely incapable, they are represented by their parents or guardians , By the institute of representation, which can often undermine their rights, needs and realities. In order to do this, I aim to discuss the recognition of children as subjects of rights and an analysis of children within the family, focusing on family power. It also aims to analyze the existence of laws that make it possible for children to be heard in legal proceedings, as well as if they are in practice. The Method of Historical Procedure and Procedure, deductive, use the bibliographic search.

Keywords: Children. Family right. Oitive. Court lawsuits.

1. INTRODUÇÃO

As crianças são sujeitos de direitos como qualquer outro cidadão brasileiro, devendo ser vistas e tratadas como tal. Contudo, para que assim fossem reconhecidas, foi necessário o rompimento da cultura menorista da história, com a transformação de forma drástica das leis, dando-as integral proteção em todos os aspectos da vida. Um dos principais direitos alcançados por este grupo é o de participação em qualquer área que se relacione com seus direitos, o que não seria diferente dentro das demandas judiciais.

Não há como separar os direitos das famílias dos direitos de crianças e adolescentes, vez que a legislação obriga a família, a sociedade e o Estado a protegerem as crianças e os adolescentes, incumbindo à primeira, em aspectos particulares, direitos e deveres sobre os seus filhos.

Decorrente da filiação advém o poder familiar, onde todos os filhos menores de 18 (dezoito) anos de idade estão a ele sujeitos. O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e aos bens do filho. Dele sucede o instituto da representação.

Em razão de sua idade, toda criança deve ser representada judicialmente. Ocorre que nos casos de direitos das famílias, muitas vezes as partes (seus ora representantes), encontram-se fragilizadas pelos deslances das relações e acabam

muitas vezes exprimindo vontades próprias e não as efetivas vontades das crianças. Outras vezes também, o representante não consegue fazer prova dos anseios dos seus filhos, o que acaba, em qualquer dos casos, trazendo prejuízos às crianças.

Diante da lei, não devem e nem podem as crianças ficarem desprovidas da proteção constitucional da busca por seu melhor interesse. Assim, toda tomada de decisão que as envolvam deve ser analisada sob esta ótica. Contudo, ainda há resistência do judiciário na oitiva das crianças por serem consideradas incapazes, unicamente pelo critério da idade.

Desta forma, serão analisados os principais ordenamentos jurídicos que visam a proteção das crianças, bem como realizado o estudo sobre o poder familiar e um de seus deveres, qual seja, o instituto da representação, para, dentro desta temática, verificar-se a importância de dar oportunidade às crianças de expressarem suas opiniões dentro dos processos de direitos das famílias, com a demonstração da existência do devido embasamento jurídico e sua aplicação na prática.

2. CRIANÇAS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Foi necessário haver significativo processo de reordenamento institucional e mudança na forma de se conceber os direitos das crianças e dos adolescentes, tanto no Brasil como em todo o mundo, a fim de que estes fossem reconhecidos como sujeitos de direitos da mesma forma que qualquer pessoa humana.

A constituição do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil alcançou uma capacidade de afirmação teórica incontestável, desestruturando todas as demais concepções que historicamente legitimavam seu anverso (CUSTÓDIO, 2008), como o antigo Código de Menores de 1927, que deu origem ao chamado período menorista da história da infância, e que fazia com que os direitos deste grupo de cidadãos fossem minorados ou excluídos frente aos direitos de todos os demais, vez que “estigmatizava as crianças e os adolescentes brasileiros, tratando-os como ‘menores’” (CABRAL, 2012, p. 29) e também como “coisas” (GLANZ, 2005, p. 481). Tanto o Código de Menores de 1927 quanto o Código de Menores de 1979 que o seguiu, trouxeram forte preconceito cultural que, infelizmente, ainda possui algumas raízes.

Havia nessa concepção uma resistência discursiva específica, que produziu uma visão estigmatizada de infância e juridicamente era aprisionada pelos conceitos positivistas clássicos da menoridade. A objetivação jurídica do conceito de “menor” atribuía toda uma gama de políticas de tratamento à menoridade legitimando o reforço de políticas de controle social, vigilância e repressão. (CUSTÓDIO, 2008, p. 24).

As mudanças estruturais se deram no final do século XX, a partir do Paradigma da Proteção Integral, que proclama que as crianças e os adolescentes “são titulares de direitos como qualquer cidadão adulto brasileiro e merecem todas as garantias e privilégios constitucionais.” (PEREIRA, 2008, p. 561).

Somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, portanto, é que se tem, no ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tendo por base a teoria da proteção integral. (CABRAL, 2012, p. 41).

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi uma das grandes responsáveis pela mudança na forma de conceber e proteger as crianças, influenciando nos ordenamentos jurídicos de diversos países ao redor do mundo, em razão das convenções elaboradas neste sentido.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, por exemplo, é vista como a Carta Magna das crianças de todo o mundo. Instituiu o Paradigma da Proteção Integral, representando a Convenção com maior número de ratificações até hoje. O Brasil a ratificou em 21 de novembro de 1990, através do Decreto nº. 99.710.

Dessa forma, a Convenção se apresenta como um novo paradigma, reconhecendo a criança como sujeito de direitos, onde esta possui valor em si mesma e não pelo que será no futuro, rompendo, portanto, com a ideia de desigualdade frente aos adultos (BOZZI, 2011).

É preciso lembrar que uma ruptura paradigmática traz consigo a proposição de outros problemas antes desconhecidos ou desconsiderados, mas ao mesmo tempo abandona problemas antes selecionados como relevantes. Isso pode observado com clareza na comparação entre os problemas teóricos propostos pelas duas doutrinas e, essencialmente pela substituição dos objetos, métodos e técnicas de estudos. Sob este aspecto o Direito da Criança e do Adolescente apresenta poucas relações com o modelo do Direito do Menor, pois estão constituídos por valores, princípios, regras, métodos e problemas científicos radicalmente diferenciados, daí se poder afirmar que a contraposição dialética das duas doutrinas produziu uma verdadeira teoria, capaz de ser aferida por meio de métodos, técnicas e procedimentos científicos. (CUSTÓDIO, 2008, p. 29).

Para este rompimento com o tratamento anteriormente dado às crianças, a Convenção trouxe quatro pilares fundamentais, quais sejam: o interesse superior da criança, considerando-a prioritária em todos os sentidos; o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento, garantindo acesso a serviços básicos e igualdade de oportunidades; o direito à não-discriminação, onde todas as crianças do mundo têm o direito de desenvolver plenamente o seu potencial; e o direito à participação, trazendo o interesse na opinião das crianças, dando-as o direito de serem ouvidas nos assuntos que se relacionem com seus direitos (BRASIL, 1990a).

Conforme o disposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, garantindo-se a todos os cidadãos o direito de participação. Assim, não poderiam as crianças e os adolescentes serem excluídos de tal garantia. A participação se constitui em exercício pleno da democracia. Ela é o meio pelo qual as crianças têm a oportunidade de desenvolver sua autoestima, autonomia, independência e habilidades sociais. O direito de participação cria nas crianças e nos adolescentes o sentimento de que são importantes, bem como permite que se reconheçam como seres humanos iguais aos adultos, desenvolvendo um respeito maior por seus semelhantes (BOZZI, 2011).

Assim, toda legislação pátria deve levar em conta as diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Criança, lei internacional de cooperação mútua, garantidora de direitos da criança.

Posterior à Convenção sobre os Direitos da Criança e à Constituição Federal, sobreveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 13 de julho de 1990 (Lei nº 8.069), que dispõe em seus 267 artigos, exclusivamente sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, sendo, portanto, mais uma forma de garantia do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. “Ser 'sujeito de direitos' significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”. (PEREIRA, 2008, p. 20).

O Estatuto não apenas reconhece os princípios da Convenção, bem como os desenvolve, convencido de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais, e que, em razão de sua condição específica de pessoa em desenvolvimento, necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral, consoante os ditames da

atual Constituição Federal, em seu art. 227. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 26-27).

No entanto, apesar da Convenção, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecerem os princípios da proteção integral, do melhor interesse e da absoluta prioridade da criança e do adolescente, na prática, ainda há um grande caminho a ser percorrido, no sentido de assegurar todas estas garantias legais. Apesar disso, o avanço da legislação neste sentido, como garantidora dos direitos, já é um grande progresso frente à forma com que antes eram vistas e tratadas as crianças brasileiras.

3. CRIANÇAS SOB O ÂMBITO DA FAMÍLIA

3.1. O PODER FAMILIAR

É direito de toda criança e de todo adolescente, nos termos do artigo 19 do ECA, serem criados e educados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990b).

A legislação pátria assegura às crianças a proteção da família, da sociedade e do Estado, em uma ação integrada, para efetivação dos seus direitos. Sabe-se que “é preciso envolver não só a família, mas também a sociedade de uma forma geral e principalmente o Estado, para que esses cuidados especiais sejam efetivamente gozados pelas crianças e adolescentes brasileiros” (CABRAL, 2012, p. 71).

No entanto, apesar desta tríplice responsabilidade, ao longo de todo o ordenamento jurídico pode-se observar a delegação desse direito/dever em primeiro lugar à família, sem falar nas especiais responsabilidades que estas possuem em relação à figura de seus filhos.

A Convenção sobre Direitos da Criança, logo no preâmbulo, estabelece que a família é o “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, em particular das crianças”, devendo esta receber o que for necessário em termo de proteção e assistência para que possa “assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade” (BRASIL, 1990a).

A Constituição Federal, no seu artigo 227, *caput*, estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (BRASIL, 1988).

O ECA deixou o sentido de dominação para ter como base a proteção, trazendo mais características de deveres e obrigações dos pais com relação aos filhos do que de direitos em relação a eles (DIAS, 2011). Em consonância, o Código Civil estabelece, no artigo 1.634, *caput*, que “[c]ompete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar” (BRASIL, 2002).

O poder familiar advém da evolução conceitual e legislativa do antigo “pátrio poder” que, tradicionalmente, indicava a superioridade do pai. No pátrio poder, “[...] o pai era o patrão dos filhos, com o dever de dirigir-lhes a criação e educação ladeada pela ajuda materna” (MADALENO, 2007, p. 117).

No entanto, com a igualdade constitucionalmente garantida entre o homem e a mulher e, com o conceito contemporâneo de família, o qual não concebe mais a família como aquela unicamente decorrente de casamento ou união estável entre homem e mulher, mas sim, de família no sentido de afeto (ou seja, abordando toda e qualquer forma de família para fins de proteção legal), a figura do pátrio poder que dava unicamente ao “chefe da família” toda a autoridade foi abolida.

A restrição do poder patriarcal veio com a emancipação da mulher e o tratamento legal isonômico aos filhos (DIAS, 2011). Agora, “[a] palavra ‘filho’ não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente ‘filho’” (DIAS, 2011, p. 68), conforme regulamentação trazida pelo Código Civil no artigo 1.596. Além do mais, a própria Constituição Federal coloca também os próprios pais em situação de igualdade com seus filhos (GLANZ, 2005).

O poder familiar é então um conjunto de direitos dos pais com relação às pessoas e aos bens dos filhos menores de idade. Este poder decorre da filiação e não de união efetiva entre os genitores (VENOSA, 2004), como está expressamente definido pelo Código Civil quando diz que o poder familiar independe da situação

conjugal dos pais (BRASIL, 2002).

Todos os filhos menores de 18 (dezoito) anos estão sujeitos ao poder familiar, conforme disciplina o artigo 1.630, do Código Civil (BRASIL, 2002). O poder familiar é indisponível, não podendo ser transferido por iniciativa dos titulares para terceiros; é indivisível, mas não quanto ao seu exercício; é imprescritível, não se extinguindo pelo desuso, mas tão somente pelas hipóteses legais (VENOSA, 2004). A finalidade do poder familiar é “a proteção dos filhos, mediante prática de condutas tendentes a normalidade familiar” (PARIZATTO, 2016, p. 114).

Assim, verifica-se que o titular do interesse é o filho, sendo seus genitores os titulares do dever, trazendo à tona o direito subjetivo do direito de família, em que “[o] titular do direito subjetivo é obrigado a exercê-lo, pelo interesse a que serve, pela função do direito que atende a interesse de outrem” (DIAS, 2011, p. 37). Pode-se dizer, então, que o poder familiar é mais um dever e menos um poder.

3.2. O INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO

Adquire-se a capacidade no nascimento com vida, extinguindo-se com a morte. A capacidade jurídica difere-se da capacidade de fato, esta última trata-se de “aptidão para as práticas da vida e para exercícios dos direitos” (GILIARDI, 2009, p. 445).

Como os menores de 16 (dezesesseis) anos são tidos como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, consoante o disposto no artigo 3º, *caput*, do Código Civil (BRASIL, 2002), devem ser representados por terceiro a quem a lei igualmente indica ter a legitimação, a fim de possibilitar a prática válida dos atos jurídicos.

O direito de representação dos genitores decorre do poder familiar e está disposto no rol do artigo 1.634, inciso VII, do Código Civil, onde compete aos pais, representar os filhos “judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”. (BRASIL, 2002).

Esta regra é repetida no artigo 1.690, *caput*, segundo o qual: “[c]ompete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados” (BRASIL, 2002).

Na disposição sobre o acesso à justiça, o artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “[o]s menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual” (BRASIL, 1990b). Ou seja, o ato praticado por absolutamente incapaz sem representação é nulo (VENOSA, 2004), pois é tido como inexistente.

As crianças necessitam de cuidado e proteção especiais, com ênfase sobre a proteção responsável da família e a necessidade de proteção legal e de outras formas de proteção à criança antes e depois de seu nascimento (PEREIRA, 2008).

Desta forma, sempre que uma ação envolver a criança, diante da impossibilidade total ou parcial desta de discernimento para o pleno exercício dos atos jurídicos, deve restar representada judicialmente, onde seu guardião ou guardiã serão seu representante legal, ou seja, sua voz nos autos.

Dentro do ordenamento jurídico é conferido a cada sujeito “[...] a titularidade de todos os direitos de natureza essencial que são reunidos e derivados do *status personae*, o qual, no caso das crianças e adolescentes, prescinde de verificação da sua capacidade” (GIRARDI, 2009, p. 451). Deste modo, em regra, devem as crianças restar representadas judicialmente por seus guardiões, pelo instituto da representação, sendo estes, então, os representantes de sua voz, garantidores e defensores de seus direitos, enquanto sua vulnerabilidade não as permite fazerem por si próprias.

Assim, para a criança figurar no polo passivo ou ativo de qualquer ação, o instituto da representação é imprescindível. Contudo, o fato de serem representadas dentro da lide, não retira destas necessariamente o direito de serem ouvidas de forma direta para fins de elucidação do caso.

4. A VOZ DAS CRIANÇAS NAS DEMANDAS JUDICIAIS SOBRE O DIREITO DAS FAMÍLIAS

4.1. TEORIA – EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PERMISSIVA

Segundo Bozzi (2011), como uma das recomendações pelo Comitê dos Direitos das Crianças, as leis civis devem assegurar que as crianças sejam ouvidas nas ações judiciais que as afetam.

O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança constitui que:

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 devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará 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 da legislação nacional. (BRASIL, 1990a, grifo nosso).

O Estatuto protetivo assegura a toda criança e adolescente, no artigo 3º, *caput*, o direito de gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes “[...] 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” (BRASIL, 1990b). Dentro deste rol de direitos está o direito à liberdade da criança, que compreende o direito de opinião e expressão, consoante previsão do artigo 16, inciso II. (BRASIL, 1990b). Assim, nada impede que, mesmo representada por seus genitores ou guardiões, não possa a criança exprimir sua opinião com relação ao processo de direito de família que a afete.

No mesmo sentido, é lícito ao juiz solicitar estudo social ao assistente social forense para que este emita laudo da situação familiar, visando esclarecer situações conflituosas dos litígios. Dentro deste estudo, pode e deve o assistente social ouvir a criança, a fim de emitir parecer sobre a causa, visto que este será um grande influenciador, auxiliando o juiz a formar sua convicção para a tomada de decisão, uma vez que o assistente possui conhecimento especializado para o qual o juiz não está obrigado a ter.

O Ministério Público, que possui a função de proteger e defender os interesses da criança, pode também requerer ao juízo a produção de provas e qualquer outra providência que achar necessária.

De todo modo, nada impede que a criança seja ouvida pelo próprio juiz. Contudo, é do magistrado a decisão de ouvi-la ou não, ou de determinar a realização de estudo social ou não e, dentro deste estudo, se deve a criança ser ouvida ou não, visto que não há na lei a obrigatoriedade de oitiva das crianças, mas sim a possibilidade, ficando sob a liberalidade do juiz a tomada desta decisão.

Observa-se, portanto, que, para a garantia da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente e a plena execução do sistema de garantias, conta-se com o apoio, sob pena de responsabilidade: da família, no exercício do poder familiar; da sociedade, enquanto comunidade ou, na pessoa do educador próximo à criança e ao adolescente ou, na qualidade de juiz, compartilhando seu conhecimento e prevenindo litígios; bem como do Estado, em qualquer nível de esfera e sobre quaisquer órgãos a ele vinculados (CABRAL, 2012, p. 138).

Desta forma, vê-se que, na teoria, há a disposição sobre a possibilidade de oitiva das crianças dentro dos processos judiciais, vez que a Convenção sobre os Direitos da Criança e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem sobre a importância de ouvi-las, não sendo, por conseguinte, a legislação omissa neste sentido.

4.2. PRÁTICA – NECESSIDADE, MAS NÃO APLICABILIDADE DA LEI

Em decorrência do poder familiar, presume-se que as crianças serão devidamente representadas por seus genitores em juízo e que sua opinião será devidamente expressada por aqueles. Porém, nem sempre é isto que acontece, ficando as crianças sujeitas a decisões judiciais embasadas tão somente na opinião individualista daqueles que as representam.

Por melhor que seja a intenção do genitor, nem sempre ele vai conseguir separar a sua dor, dentro do processo de direito das famílias, da real necessidade da criança. Frequentemente, os filhos são usados como “moedas de troca” pelos genitores. Em outros casos, quando o guardião representa fielmente a real vontade da criança, mas não consegue provar o alegado, acaba passando por manipulador, alienador ou até é acusado de agir de má-fé, tão somente para prejudicar o outro genitor, causando maiores problemas, tanto entre si e a outra parte, quanto com a própria criança, que continua desprotegida.

Por esses e outros motivos é que se torna extremamente importante escutar as opiniões e as vontades das crianças dentro das demandas judiciais do âmbito familiar.

A interferência jurídica em todos esses conflitos se faz necessária, “[...] mas deve se estabelecer de maneira delicada, vez que envolvem dores, mágoas, frustrações, sofrimento das pessoas que vivem tais situações” (GAGLIETTI; WILLANI, 2013, p. 385), o que as tornam imparciais para as suas angústias. Tais

processos são dolorosos e podem gerar conflitos emocionais e psíquicos não só nos pais, mas também nos filhos (GAGLIETTI; WILLANI, 2013). Querendo ou não, acabam os filhos de alguma forma se envolvendo nos conflitos e se submetendo aos entraves da dissolução do laço amoroso dos genitores, sofrendo as consequências do desenlace (DIAS, 2011).

Ações quem envolvem guarda, alimentos, busca e apreensão, visitas, alienação parental, abandono afetivo, multiparentalidade ou filiação socioafetiva, são ações que vão atingir diretamente a criança, seja na sua rotina, seja na forma de conviver com os genitores, seja na sua história, entre tantas outras implicações, o que demanda necessário cuidado do julgador.

Quando são examinadas as configurações familiares, logo se verifica a necessidade de se constituir mais atenção com relação aos conflitos que envolvem pais, filhos e casais. A problemática enfrentada pelo Poder Judiciário no expressivo número de processos supera a sua capacidade de amparo, o que acaba gerando maiores dimensões aos conflitos do que poderiam vir a efetivamente ter em um processo mais célere (GAGLIETTI; WILLANI, 2013). A sentença pode solucionar a lide, mas muitas vezes não soluciona o conflito, vez que comumente é indiferente às implicações do dano às partes envolvidas.

As peculiaridades que envolvem as questões familiares exigem que magistrados, agentes do Ministério Público, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada. Devem atentar para o fato de que trabalham com o ramo do direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações. (DIAS, 2011, p. 82).

A criança integra a família, razão pela qual a decisão processual que acirra o conflito entre seus pais ou guardiões, inevitavelmente, será também por ela sentida. Por isso, Dias (2011, p. 83) afirma que “quem atua nessas varas deveria fazer especialização para ouvir a parte” e assim, constatar a veracidade dos fatos.

Quem vai ao Judiciário, na maioria das vezes, chega fragilizado, cheio de mágoas, incertezas, medos. Precisa ser recebido por um juiz consciente de que deve ser muito mais um pacificador, um apaziguador de almas despido de qualquer atitude moralista ou crítica. Em matéria de família, mais do que a letra fria ou o rigorismo do texto legal, a norma que deve ser invocada é a que apela a sensibilidade jurídica (Dias, 2011, p. 83).

A família, portanto, merece especial atenção. Para a sua proteção e de seus

integrantes, o processo deve ser analisado sob a ótica constitucional, sobretudo por seus princípios, como o do melhor interesse da criança. Para se alcançar o melhor interesse da criança, não basta confiar aos autos tão somente a opinião dos genitores.

Nesse sentido, a conceituação da capacidade com base unicamente na idade são dados que vêm sendo estudados e debatidos. No entanto, no caso das crianças, este ainda é o único critério decisor (GILIARDI, 2009), ou seja, o melhor interesse da criança não é levado em conta quando o Poder Judiciário deixa de ouvi-las baseado unicamente na sua incapacidade, que foi assim definida pelo critério exclusivo idade.

Sob este enfoque, fica a criança submissa ao aspecto volitivo de seu representante legal e, mesmo que este seja seu genitor, há a possibilidade de lesão ao conjunto de direitos fundamentais que lhe é assegurado (GILIARDI, 2009). A hermenêutica extraída do princípio da preservação do melhor interesse da criança dá “a possibilidade de a criança se opor à vontade exercida por seus pais ou representantes legais no âmbito do exercício da representação dos seus próprios direitos” (GILIARDI, 2009, p. 453).

Desta forma, por melhor que seja o instituto da representação e por melhor que seja a intenção dos legitimados para representá-las, não pode aquele retirar a possibilidade das crianças de serem ouvidas nos processos de família que as envolvem, principalmente pelo fato de que o direito das famílias abarca uma gama de situações ligadas à rotina das pessoas, o que influenciará diretamente no cotidiano da criança, podendo, inclusive, afetar o seu sadio desenvolvimento.

Acontece que, por mais que exista previsão legal sobre a possibilidade de as crianças manifestarem sua opinião dentro dos processos e, por mais que seja reconhecida a delicadeza dos processos relacionados ao direito de família, na prática, trata-se de método raro, justamente pelo entendimento de que o instituto da representação supre qualquer necessidade de informação advinda diretamente das crianças e pela dita incapacidade legal das mesmas, acreditando-se que, unicamente por sua idade, não saberiam estas ter real entendimento sobre o que seria melhor para elas.

É sabido, também, que as crianças são tomadas por aflição ao terem que tomar partido, contrariando algum de seus genitores, o que também acaba fazendo com que o Poder Judiciário evite escutá-las. Mas para isto, deveria o juiz socorrer-se

de profissionais da área da saúde mental para subsidiar sua decisão. (DIAS, 2011).

Para auxiliar na oitiva das crianças existe a previsão, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de uma série de serviços auxiliares, com a chamada equipe interprofissional a qual, nos termos do artigo 151, tem a atribuição de fornecer subsídios, verbalmente ou por escrito, mediante laudos, assim como prestar serviços de aconselhamento e orientação (BRASIL, 1990b). Foi o Estatuto, portanto, quem reforçou a possibilidade de realização de trabalhos por essas equipes junto ao Poder Judiciário. Contudo, na prática, poucas comarcas contam com psicólogos e pedagogos no quadro funcional.

Cumpramos ressaltar ainda, a importância do uso da técnica do “depoimento sem dano que, de forma menos gravosa, consegue captar a vontade da criança. Trata-se de moderna técnica para colher o depoimento judicial por vídeo e áudio, por técnicos especializados” (DIAS, 2011, p. 455).

Mesmo não existindo equipe interprofissional em todos os Fóruns e, em razão de a maioria dos magistrados não conseguirem ouvir cada criança de cada processo, ou mesmo por não se sentirem preparados tecnicamente para tal ato, utilizam-se frequentemente da realização do estudo social. Não obstante, mesmo com esta alternativa, a decisão sobre a realização do estudo social é exclusiva do magistrado, o qual muitas vezes determina que tão somente os pais sejam ouvidos, visando a otimização do serviço, vez que normalmente contam-se com poucos assistentes sociais para toda a demanda da Comarca.

Ocorre que as crianças têm prioridade legal, não podendo ser prejudicadas diante do despreparo do judiciário em recebê-las. Afinal de contas, quando o processo é bem administrado, “[...] pode reorganizar o vínculo do ex-casal com os filhos, assegurando que o fim do casamento não significa necessariamente, para eles, a perda do pai ou da mãe, e sim o ganho [...] de famílias multiplicadas” (GAGLIETTI; WILLANI, 2013, p. 386).

Em se tratando de direito das famílias, não há como amoldar a vida à norma. As crianças não podem deixar de ser ouvidas unicamente porque a lei civil as declarou incapacitadas para os atos da vida civil, necessitando de representação nas demandas judiciais. Como antes discorrido, a representação não anula a possibilidade, a necessidade, bem como a importância de terem as crianças voz sobre aquilo que as afetará diretamente.

Muito mais do que a busca de regras jurídicas, faz-se necessária a

identificação dos princípios que regem a situação que se encontra em julgamento, uma vez que as decisões não podem ter como resultado a afronta dos preceitos fundamentais. (DIAS, 2011). Assim, “a iniciativa do juiz na busca de provas não é só permitida, mas é recomendada e até incentivada”. (DIAS, 2011, p. 90).

Deste modo faz-se importante, para a defesa dos direitos das crianças, a colheita da manifestação de suas vontades, independente da demanda em que seus direitos estejam sendo decididos. Deve ser levada em conta a determinação dos ordenamentos jurídicos, nacional e internacional, os quais já atestaram que a participação das crianças é fundamental para seu desenvolvimento como cidadã. Assim, o critério etário, por si só, não pode ser utilizado para obstar o direito de voz das crianças brasileiras.

5. CONCLUSÃO

No Brasil, o reconhecimento dos direitos das crianças dentro do Paradigma da Proteção Integral só se deu a partir da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, seguida da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança criada pelas Nações Unidas e da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nestas legislações, as crianças são protegidas como sujeitos de direitos, sendo tratadas de maneira prioritária.

Observou-se que em decorrência destas mudanças, foi dado a estas o direito de participação em todos os campos que as afetam, sendo-lhes assegurado o direito de manifestarem suas opiniões. A participação da criança no que lhe diz respeito é então de extrema importância.

Corroborando com isto, dentro do dever de proteção da família sobre seus filhos, tem-se o instituto do poder familiar, que objetiva justamente a proteção de todos os direitos e os bens do filho.

Ocorre que, conforme verificado, a lei civil determina que os menores de 16 (dezesseis) anos de idade são absolutamente incapazes para os atos da vida civil, o que demanda, por sua vez, sua representação nas vias administrativas e judiciais.

Verificou-se, com isto, que diante das delicadas demandas judiciais na área dos direitos das famílias, esta representação pode tornar-se frágil no momento da demonstração das reais vontades das crianças, o que afronta os princípios do direito da criança e do adolescente.

Reputa-se de extrema importância resguardar às crianças a oportunidade de expressarem suas vontades e tê-las consideradas em todo e qualquer processo. Especialmente nas demandas de direito das famílias, por envolverem tudo o que está relacionado ao seu cotidiano, necessitando de especial análise do caso pelo magistrado, pois deverá contemplar em sua decisão, inclusive, os possíveis danos que dela decorrerão para o desenvolvimento e o melhor interesse da criança.

Portanto, é necessário que o Poder Judiciário respeite o direito fundamental das crianças de serem ouvidas, aperfeiçoando sua forma de recepcioná-las, bem como levando suas opiniões em consideração, efetivamente, quando da decisão da lide judicial.

Referências

BOZZI, Sonia. La familia y otros grupos como garantes de los derechos de la niñez a 20 años de la Convención de los Derechos del Niño. In: CONTRÓ, Monica Gonzalez. **Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México: 20 años de la convención sobre los derechos del niño**. México: Porruá, 2011. p. 105-120.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990a**. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990b**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 set. 2017

CABRAL, Johana. **Família, sociedade e Estado na promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente**: um estudo da Teoria da Proteção Integral. Criciúma: UNESC, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, v. 29, 2008, p. 22-43.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIETTI, Mauro; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. Novas configurações familiares multiculturais, acesso à justiça e a mediação dos conflitos. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Tamir (Org.). **Direito & Políticas Públicas VIII**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 373-394.

GIRARDI, Viviane. Apontamentos sobre a autonomia da criança e do adolescente e o interesse de agir em juízo. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 442-455.

GLANZ, Semy. **A Família mutante – Sociologia e Direito Comparado: inclusive no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PARIZATTO, João Roberto. **Ações de família no novo CPC**. São Paulo: Parizatto, 2016.

PEREIRA, Elisabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 551-573.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.