

O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder Familiar*

Gustavo Ferraz de Campos Monaco**

Maria Luiza Ferraz de Campos***

SUMÁRIO: 1. Introdução: natureza e formas possíveis de exercício do poder familiar – 2. A audição de crianças e jovens e sua configuração jurídica como um Direito Fundamental – 3. O fundamento e as razões da audição para o desenvolvimento da dignidade humana segundo a psicologia – 4. A instrumentalização jurídica da audição enquanto direito subjetivo (personalidade, capacidade e legitimidade) – Bibliografia.

1. Introdução: natureza e formas possíveis de exercício do poder familiar

O poder familiar, também denominado em culturas jurídicas diversas (no tempo e no espaço) de pátrio poder-dever, poder paternal ou autoridade parental, configura-se como a emanção mesma da parentalidade, decorrendo dela e revelando-se como a sua principal e mais extensa consequência. Ser pai e ser mãe é ser responsável pelo ser humano que se encontra no outro pólo da relação – antes de tudo fática – que advém da reprodução. Assumir a paternidade e a maternidade, desempenhá-la a contento, levá-la a bom termo é ser responsável pelos filhos gerados de forma incondicional, ampla, irrestrita.

Pode haver, todavia, um eterno descompasso entre o dever-ser e o ser. Tanto o direito, como as outras ciências humanas têm consciência de que nem sempre aquilo que deveria ser realmente seja ou que pelo menos o seja na extensão e nos moldes que deveriam ter. Assim, cedo se percebeu que nem sempre o exercício do poder familiar é desempenhado de forma coerente e satisfatória por determinados membros de um casal parental e que, muitas vezes, ostentar o papel de pai e mãe não implica obrigatoriamente – como se de um silogismo se tratasse – o bom desempenho desses papéis.

Segundo a psicologia, o poder parental pode ser expresso por uma fórmula, extremamente resumida, segundo a qual o bom pai (ou mãe) são aqueles capazes de desempenhar papéis, desenvolver funções e ocupar lugares na rede de relações familiares, promovendo assim o desenvolvimento e o cuidado efetivo com seu filho.

Assim, desempenhar um papel implica em ocupar o lugar imaginário destinado pelo desenvolvimento cultural, ao homem/mulher. Apontar como, dentro de determinada cultura, os diferentes sexos se comportam, se desenvolvem, enfim, como vivem.

Por seu turno, desenvolver funções significa cuidar, prover e zelar pelo desenvolvimento bio-psico-social e emocional da prole, promovendo os cuidados de sobrevivência, saúde, educação, desenvolvimento cultural, intelectual e esportivo além de subjetivá-lo, ou seja, transformar um ser, a princípio regido por respostas instintivas, em um ser com características únicas e diferenciadas que promovem sua individualidade e dignidade.

Por fim, ocupar lugares tem a ver com manter-se na posição psicológica de pai/mãe, estabelecer uma hierarquia; relações de autoridade; de adultos, mais experientes, que definem, embora com uma *escuta* cuidadosa, as questões fundamentais que estabelecem as regras de convivência familiar.

Até recentemente, nas relações familiares, os papéis desenvolvidos por pais e mães, eram divididos e compartimentalizados de acordo com o sexo, o que, com a pós-modernidade, deixa cada vez mais de ser verdade corrente, tornando o *ser pai* e o *ser mãe*, tarefas que podem e devem ser divididas e compartilhadas em qualquer esfera.

Para o Direito, ser pai e mãe não decorre mais, como decorrerá outrora, de uma situação meramente jurídica, como a demonstração das núpcias convoladas ou a assunção do papel jurídico-registrário de pai, por exemplo. Também já lá se vai o tempo em que imperava a consideração meramente biológica da paternidade e mesmo da maternidade, já que com os avanços das técnicas de reprodução artificial e a maior incidência de hipóteses de maternidade de substituição ou doação de gametas femininos têm sido cada vez mais difícil se recorrer à antiga fórmula latina segundo a qual *mater semper certa est*. Vive-se atualmente uma fase de valorização (jurídica) do afeto, optando-se por uma consideração mais fática que legal das relações paterno-materno/filiais. Pais são os que educam, criam, estabelecem laços de proteção e preparação para que os filhos possam enfrentar a sociedade que os espera e para a qual são preparados.

Nestes termos, a responsabilização dos pais pelos filhos implica o exercício constante desse poder familiar, ainda que a família conjugal esteja desfeita ou não tenha sido jamais composta. Quer isto significar que o poder familiar decorre, origina-se, da situação de ser pai e ser mãe. E ser pai ou mãe não é um estado passageiro. É-se pai ou mãe. Ninguém ostenta a situação de estar pai ou estar mãe. Assim, divórcio, separação, anulação do casamento, dissolução de uma eventual união estável ou mesmo de uma união livre, eventual ou passageira não são fatos hábeis para a destituição do exercício do poder familiar.

O poder familiar é constante e exige um exercício perene durante toda a fase de vida em que os filhos dependem (juridicamente^[1]) dos pais. Não se pode a ele renunciar de forma pura e simples (exceto nas hipóteses em que seja possível a emancipação, com conseqüente manutenção da relação de parentalidade ou na hipótese de renúncia para colocação da criança em lar adotivo, presentes as condições para tanto) como se, cansados das atribuições e dos encargos decorrentes da parentalidade, os pais desistissem de *brincar de*

casinha. Nesses termos, a ruptura do relacionamento dos pais não implica em perda do exercício do poder familiar pelo outro genitor. Ambos continuam e continuarão pais. Apenas não serão mais um casal.

Nestes termos, quando se fala em regulação do exercício do poder familiar, a idéia subjacente a esta expressão é saber qual dos pais, membros do casal que se encontra dissolvido, deterá a companhia física dos filhos do casal. Ou, como afirma Ana Carolina Brochado Teixeira, com a dissolução do vínculo do casal, seja ele qual for, “a única mudança [referente às relações dos pais com os filhos] limita-se ao direito de um dos pais ter seus filhos em sua companhia” e acrescenta que “é claro que a referência é à companhia permanente, pois a criança tem o direito fundamental à convivência familiar, mediante a qual o filho tem o direito de conviver com o genitor não-guardião”^[2]. E é neste terreno que avulta a audição das crianças e dos jovens em processos de regulação do exercício do poder familiar.

2. A audição de crianças e jovens e sua configuração jurídica como um Direito Fundamental^[3]

O direito fundamental à educação^[4], reconhecido pela generalidade dos sistemas jurídicos e pelo sistema jurídico internacional de proteção da pessoa humana, deve levar em conta não só os aspectos do ensino pedagógico, mas deve antes de tudo abarcar fatores que contribuam para sua cultura geral, com o intuito de permitir a conformação de sua índole e de seu sentimento de responsabilidade, tudo com vistas a transformar a criança em um membro útil da sociedade.

Bem por isso, a sociedade internacional garante à criança o direito de exprimir livremente a sua opinião, ressalvando o exercício dessa liberdade apenas às crianças que tenham capacidade de discernimento. Daí a importância de uma educação cônica desses fatores.^[5]

Ademais, o art. 12, n° 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança determina que as opiniões das crianças sejam levadas em consideração segundo a idade e a maturidade apresentadas^[6]. Por óbvio, essa conjugação de elementos não exclui a possibilidade de que qualquer criança expresse as suas opiniões no âmbito privado. Todavia, é no âmbito público que esse direito assume algumas especiais características, de acordo com as questões mencionadas.

A participação efetiva de crianças em processos judiciais ou administrativos se faz naqueles casos em que a criança, sendo parte, terceiro interessado ou mera testemunha, pode participar ativamente, emitindo as suas opiniões a respeito dos direitos subjetivos que lhe atingem de forma direta ou indireta (art. 12, n° 2).

É interessante notar que este direito de participar nos processos que lhe respeitem esbarra na legislação da maioria dos Estados-partes que impediam, em suas legislações internas, quer a participação da criança como testemunha, quer a sua participação como parte ativa, exigindo-se que se procedesse à substituição processual do infante – (*in* = negação; *fari* = falar) daquele que não fala ou não pode falar – por um de seus genitores, por um tutor ou curador ou por uma instituição qualquer.^[7]

Desta feita, as legislações nacionais quase unanimemente tiveram de ser alteradas após a ratificação da convenção, permitindo-se o acesso das crianças aos tribunais para emitir sua opinião. Esse direito assume relevantes funções, por exemplo, na determinação da guarda da criança quando da dissolução do vínculo que une eventualmente os seus pais, bem como nas decisões que visem rever uma guarda anteriormente deferida, além das hipóteses de adoção, quando a oitiva da criança se faz necessária.

Todavia, a convenção fixa como limites para a oitiva não apenas a idade da criança como a sua maturidade[8]. Nesse sentido, aquelas legislações nacionais antes mencionadas trataram de encontrar critérios mais ou menos objetivos para fixar essa idade. Fê-lo, por exemplo, o legislador brasileiro. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente *fixa* a idade de 12 anos como o limite concreto segundo o qual as crianças devam ou não prestar depoimento em juízo[9]. Já se teve oportunidade de refutar esse critério adotado pelo legislador brasileiro, afirmando-se naquela ocasião que a fórmula da convenção acaba por ser mais ampla, uma vez que “leva a questão referente à maturidade para o plano não objetivo, que foi imposto pela idade limite da legislação interna, para privilegiar o entendimento psicológico e social acerca do envolvido”. [10]

A escolha do legislador brasileiro por um critério objetivo visava facilitar a função dos magistrados diante de um caso em que devessem ou pudessem ouvir uma criança em um processo envolvendo o seu direito à convivência familiar. Com a aprovação e promulgação do novo Código Civil brasileiro essa opção do legislador se mostrou ainda mais clara e límpida.

Com efeito, se quando da aprovação do estatuto referido o Brasil ainda não ratificara a convenção, podia-se argumentar, como fizeram alguns autores, que isso se devia ao fato dessa não ratificação. [11] Todavia, com a aprovação do Código Civil de 2002, a questão já não mais pode ser posta nestes termos e há que se reconhecer a verdadeira opção do legislador brasileiro. Uma opção errônea, ao que parece, mas uma opção.

Em verdade, a fixação de uma determinada idade traz em si um facilitador para a atuação jurisdicional[12], além de evitar a intervenção de assistentes sociais e psicólogos apenas para a fixação da maturidade ou não da criança. A preocupação maior é prática, uma vez que o juiz só poderia saber a respeito da maturidade da criança quando tivesse algum contato com ela, de forma direta ou por meio dos auxiliares da justiça. [13]

Em posição mais avançada manifestou-se o legislador espanhol por meio da Ley Orgânica 1/1996 de Protección del menor, de 15 de janeiro. Com efeito, reza o art. 9.1 que “o menor tem direito a ser ouvido, tanto no âmbito familiar como em qualquer procedimento administrativo ou judicial em que esteja implicado e que conduza a uma decisão que afete sua esfera pessoal, familiar ou social”. Como informa Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, presidente da Associação espanhola de advogados de família, “afetar é, pois, muito mais amplo que ser sujeito ou objeto da decisão. Basta que a decisão possa causar uma sensação no menor, isto é, uma impressão ou emoção nele” [14].

No melhor dos mundos, naquele mundo do dever ser, parece-nos sinceramente que o juiz de direito encarregado de questões ligadas aos jovens (juiz de família ou da infância e

juventude) não deve ser um funcionário assoberbado de trabalho, havendo tempo, conseqüentemente, para travar contato direto com a criança, seja qual for a sua idade.[\[15\]](#) Nesse mundo de sonhos e em certa medida utópico, o juiz de família ou de infância e juventude mantém em seu gabinete uma caixa de lápis de cor, outra de giz de cera, papel, jogos, livros de histórias, ganhando a confiança da criança por meio de uma aproximação paciente e criteriosa. Desse contato convence-se, ou não, a respeito da eventual maturidade do jovem e decide, com vistas à realização de seu melhor interesse, a respeito da oitiva da criança[\[16\]](#).

Com efeito, essa oitiva pode se realizar de três formas: (i) *ex lege*, ou seja, determinada pela lei em casos específicos que trazem, normalmente, regras de dispensa motivada do comparecimento da criança pelo juiz[\[17\]](#), (ii) por convocação do juiz, nas hipóteses possíveis[\[18\]](#) ou (iii) por solicitação da criança. Não se deve permitir, ao que parece, a indicação da criança como testemunha por uma das partes, ou seja, por um de seus pais ou de seus parentes, sob pena de a criança se sentir envolvida de forma que se mostra pouco conveniente.[\[19\]](#)

Mas não é só nesses casos de participação em processos judiciais que é garantida a participação das crianças. Como lembra Marta Santos Pais, a criança deve participar e externar suas opiniões, idéias e convicções também no seio de sua família, escola e comunidade[\[20\]](#), tendo-se sempre em vista seu melhor interesse.

Acredita-se que esta forma de se encarar esse direito de participar das decisões relevantes para a continuidade da vida das crianças é uma conquista que não pode ser olvidada, diminuída ou restringida[\[21\]](#). Por outro lado, garantir a participação da criança não pode nem constituir um ônus imposto à criança (daí o critério da maturidade se mostrar o mais adequado), nem representar a imposição de uma decisão por parte do jovem[\[22\]](#).

3. O fundamento e as razões da audição para o desenvolvimento da dignidade humana segundo a psicologia[\[23\]](#)

O ser humano, para se humanizar, está inserido em um mundo de linguagem, mesmo antes de seu nascimento. Estar inserido em mundo de linguagem não significa apenas fazer uso da fala. Significa sim ser inserido em uma cadeia de significados e sentidos. Assim, a criança *em projeto*, já tem uma existência dentro da cadeia geracional de ambas as famílias que estão implicadas na formação de um casal. Isto significa que, mesmo antes do nascimento, a criança já se expressa e encontra um lugar, através do desejo de seus pais.

Ao nascer, a criança já carrega uma série de significados, desejos e expectativas que lhe definem um lugar na cadeia geracional, tecendo a teia de relações que estabelecerá com cada membro do casal parental. Como um ser de linguagem, passa a responder e criar vínculos afetivos a partir destes significados que montam a base das relações de apego que estabelecerá.

Assim, mesmo antes de conseguir se expressar por meio da linguagem, já se expressa através de comportamentos, que, traduzidos e interpretados pelo casal parental começam a criar a sua subjetividade. A capacidade de interpretação e significação correta e satisfatória

de cada elemento da família vai montando, a partir dos primeiros dias, as relações sócio-emocionais que a criança desenvolverá com seu ambiente[24].

Considerando-se estes elementos, já se pode vislumbrar que embora a questão da *maturidade* possa ser considerada, quando relacionada com as questões de vínculos paternos-filiais mostra-se extremamente relativa, pois tais vínculos já podem ser estabelecidos e detectados desde os primeiros momentos de vida de uma criança. Se de extrema importância para outras questões, como as relativas à responsabilização criminal, às decisões relativas à própria segurança e às considerações referentes à capacidade de aprendizagem e maturação, já na questão das relações familiares que definam o melhor interesse da criança na convivência familiar com cada um de seus pais, os indícios de maturidade detectáveis já se encontram presentes desde os primeiros momentos de vida.

Decorre daí, a importância da audição da criança, independentemente de sua idade, do domínio da linguagem falada, e de seu grau de maturidade. Até porque, a maturidade, embora conceito amplamente utilizado e que se justifica para decisões importantes, como as acima citadas, é extremamente vago e relativo para outras questões, como a que define o final da adolescência e início da vida adulta, o *quantum* de afeto dirigido a cada pai, ou a *escuta* e atendimento de necessidades por cada um deles. De acordo com Contardo Calligaris,[25] o conceito de maturidade é uma invenção cultural recente, que leva à impossibilidade de atingi-la, por falta de marcos de definição de seu alcance. Óbvio que a *leitura* de indícios das relações estabelecidas pela criança com cada um dos pais nem sempre poderá ser feita por operadores do direito, devendo-se então recorrer à equipe técnica de apoio, psicólogos e assistentes sociais, com formação e treinamento na busca destes indícios, no que se refere a crianças muito pequenas ou com necessidades especiais.

Nos casos em que um casal em litígio disputa a guarda de um filho, em geral a subjetividade da criança vem sendo desconsiderada por um ou ambos os pais. Isto porque, se estão atentos ao melhor interesse da criança, já sabem em companhia de quem ela estará em condições mais favoráveis à continuidade de seu desenvolvimento. Ocorre que a carga emocional implicada em um processo de separação costuma alçar a criança do lugar de um sujeito implicado com esta história para o lugar de um objeto de disputa, de agressão mútua entre o casal e de tentativa de solução de conflitos que, em última análise, nada tem a ver com a relação de cada um com a criança e desta com cada um dos elementos do casal, mas, sim, com conflitos do próprio casal.

Resgatá-la para a condição de sujeito, com desejos, expectativas e relações estabelecidas, é de fundamental importância para preservar e fortalecer sua subjetividade e dignidade. Este resgate só se torna possível ao considerar-se sua *fala*, que pode se dar com ou sem o uso da palavra falada. Fazer a oitiva da criança não significa utilizá-la como testemunha de um dos elementos do casal, o que a dividiria e criaria conflitos desnecessários, tendo em vista que ela mantém uma relação afetiva com cada um dos pais. Significa sim considerar, em seu discurso explícito e/ou implícito, com qual dos dois houve a criação de um vínculo afetivo mais estável, seguro e satisfatório, que permita a continuidade de seu desenvolvimento integral de forma mais adequada. Auxiliá-la a manter sua subjetividade e dignidade, considerando-a como um sujeito em desenvolvimento, mas que no desenvolvimento precedente construiu sua própria história. Respeitar sua dignidade.

4. A instrumentalização jurídica da audição enquanto direito subjetivo (personalidade, capacidade e legitimidade)

O direito moderno atribui às pessoas físicas a possibilidade de serem titulares de direitos e de deveres, o que se deve ao reconhecimento de uma especial qualidade inerente ao ser humano, de uma aptidão, de um atributo constante, imutável e homogêneo, que este direito reconhece presente em todas as pessoas. Este, o atributo de possuírem *personalidade*, que decorre da dignidade que toda pessoa humana goza.

Diz-se que esse atributo é *constante* porquanto não seja mensurável, nem qualificável e, nesse sentido, é também *imutável*. É, ainda, *homogêneo*, posto que, modernamente, todos os seres humanos possuem personalidade. Mas isso não se passou sempre dessa forma. Épocas houve em que os escravos, as mulheres, os mortos civis (condenados ao degredo) não possuíam personalidade exatamente porque o direito não lhes reconhecesse esse atributo, essa dignidade. Hoje, entretanto, todos a possuem, inclusive os nascituros e os falecidos. Daí porque se possa ofender a honra de um morto: justamente porque, para o direito positivo, os falecidos possam ainda ser protegidos em sua personalidade.

Diferente da personalidade, valor constante e imutável, as pessoas podem ou não possuir *capacidade*. Esta capacidade pode ser *medida* e *mensurada*, permitindo, por isso mesmo, uma diferenciação entre os seres humanos (capacidade de fato). Nesse sentido, então, a capacidade seria a *projeção* daquele valor (personalidade) que se traduziria em um *quantum*^[26] atribuível a cada pessoa humana segundo seu estágio de desenvolvimento e maturidade intelectual.

Assim, pode-se dizer que a *personalidade jurídica* é um valor de toda pessoa humana, reconhecido pelo ordenamento a todas as pessoas que nasçam com vida, ocasião em que se consolida sua *capacidade de direito ou de gozo* ou *capacidade jurídica*. Esta é exercida, é dinamizada pelos indivíduos segundo alguns traços distintivos de sua maturidade e de seu discernimento, quando então se diz que ela comporta diversidade de graus, possibilitando o exercício da capacidade de forma diversificada (*capacidade de exercício* ou *capacidade de fato*).

Se, antigamente, personalidade e capacidade eram vistas como conceitos sinônimos, hoje, a moderna doutrina as distingue exatamente nesses modos anteriormente expostos (personalidade, capacidade de direito, capacidade de fato). Daí porque se explique a existência de pessoas incapazes e de pessoas capazes para praticar apenas alguns atos, assumindo certos deveres e sendo titulares de alguns direitos apenas. Daí porque se explique, também, pessoas que possuem plena capacidade, que tenham toda a sua personalidade *quantificada, projetada* e passível de ser *exercida* (quando, então, coincidem a capacidade de exercício e a capacidade de direito). Assim também se explica que o falecido mantenha sua personalidade, mas já não seja mais capaz de direitos, nem de assumir deveres, uma vez que já não pode mais ver aquelas qualidades projetadas sobre sua pessoa, não porque as qualidades não existam mais, mas porque a existência da pessoa tenha chegado a seu fim.

A *capacidade de direito* começa do nascimento com vida, posto que a personalidade já existia no embrião concebido, no nascituro, enquanto pessoa humana dotada de dignidade. É o *nascimento com vida* faz surgir a *capacidade*. E é no exato momento em que a vida humana individual se consolida, que começa a existir a pessoa humana *autônoma*, terreno onde pode começar a se projetar a sua personalidade, projeção essa a que se chama *capacidade de direito*, conferida pelo ordenamento jurídico a todos os seres humanos enquanto *projeção estática* da personalidade. Ou seja, o feto, enquanto está sendo gerado possui já personalidade, segundo a moderna doutrina, justamente por ser uma pessoa humana digna de proteção. Com seu nascimento, aquilo que era mera individualidade adquire ares de autonomia, no sentido de que ele se desprende de sua mãe. Quando isso ocorre, a personalidade derivada de sua dignidade se projeta sobre sua pessoa, sobre sua existência física. Ele adquire, em consequência, a capacidade de direito. Mas como ainda não sabe se expressar, não possui condições de sobreviver por si, necessitando do amparo, dos cuidados, do carinho e do auxílio material de seus genitores o direito não lhes dá a capacidade de fato. Esta fica ainda dependente de certos fatores que, agregados à sua dignidade, dotar-lhe-ão de maturidade e sanidade suficientes para agir por si. Esse o *iter* por que passa a pessoa humana desde sua concepção até adquirir a sua plena capacidade para o exercício de seus direitos e obrigações.

Outro conceito jurídico àqueles ligado, mas que deles se distingue grandemente, é o conceito de *legitimidade*. Legitimidade é a aptidão que determinada pessoa possui para praticar certo ato ou para exercer certo direito, em decorrência da *posição jurídica* que esta pessoa ocupa relativamente a outras pessoas ou a certos bens ou direitos. Nesse sentido, uma pessoa que tenha capacidade de agir plena (genérica) pode ter ou não a legitimidade para praticar *aquela* ato ou exercer *aquela* direito *específico*.

A incapacidade costuma ser tratada nos ordenamentos jurídicos segundo duas extensões diversas. Nesse sentido, pode ser absoluta ou relativa. Dizer que uma pessoa é absolutamente incapaz é dizer que ela não reúne, por um motivo qualquer, condições de exercer por si os atos da vida civil e que, por isso, necessita de uma terceira pessoa que a *represente*. A incapacidade absoluta decorre ou da insuficiência etária ou de uma doença que impeça quer o discernimento do agente, quer a sua capacidade de expressão.

Bem por isso, todas as pessoas, até que completem certa idade fixada em lei, precisam ser representadas por seus pais, por um deles (na falta ou na impossibilidade do outro) ou, ainda, por um tutor, hipótese que se caracteriza pela ausência simultânea de ambos os genitores ou pela impossibilidade de ambos para exercer essa representação, o que pode se dar quando ambos sejam incapazes por qualquer outra razão que a lei estabeleça ou quando ambos tiverem sido afastados do poder familiar por agirem contrariamente ao interesse do incapaz com idade inferior ao limiar legal.

Os ordenamentos costumam entender, assim, que os mais jovens não possuem o completo discernimento para entender a complexidade, a importância e mesmo a gravidade de certos atos da vida civil. Bem por isso, impedem esses jovens de agirem por si. Nesse sentido então, a imaturidade decorrente da idade impede que a personalidade civil de que são dotados se projete em suas ações diárias, motivo pelo qual a representação se faz

necessária. Quando exercem seus direitos ou quando se obrigam perante terceiros, fazem-no por intermédio de seus representantes legais.

Como a capacidade é a quantificação da personalidade do indivíduo projetada sobre sua pessoa, diz-se que ela comporta gradação segundo a maturidade e o discernimento de que gozem as pessoas. A lei civil utiliza-se de certas *presunções* para estabelecer os graus de capacidade das pessoas. Uma vez, utiliza presunções absolutas, que não admitem provas em contrário. Outras vezes, utiliza presunções relativas, que admitem provas em contrário.

No passado, esses limites e essa gradação das incapacidades eram impostos em razão exclusiva de interesses patrimoniais. Todavia, com a nova tábua axiológica que perpassa o direito atual, esteado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, justo e equânime é que a preocupação estritamente patrimonial do passado se desloque para uma preocupação de matriz educacional, estabelecendo-se uma nova perspectiva para o estudo das incapacidades e das ilegitimidades[27].

É nessa perspectiva que se defende a adoção do critério da maturidade da criança para se saber se ela pode ser ouvida em processos de regulação do exercício do poder familiar que sobre ela é exercido, já que patente o seu interesse na resolução da questão. Dotada de personalidade, esta se projeta sobre a criança. E ainda que esta não possa exercer por si os atos de sua vida jurídica, a titularidade de um direito subjetivo tão importante como é o do convívio diuturno com aquele que a própria criança crê ser o mais apto – porquanto mais amável, afetivo, cômico de seus deveres – para tal exercício é fator que, balizado na atual tábua axiológica como o demonstra a Convenção sobre os direitos da criança, por seu art. 12, está a autorizar o reconhecimento da capacidade para que a criança expresse o seu desejo (ainda que de forma não verbalizada) a respeito de com quem quer conviver permanentemente. Ademais, a própria norma jurídica do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, porquanto integrante do ordenamento jurídico da generalidade dos Estados, está a demonstrar que a incapacidade das crianças e dos jovens para os atos da vida civil, no que respeita ao especial ato de sua audição em processos que visem regular o exercício do poder familiar é uma incapacidade que se assenta em uma presunção relativa, que cede e se conforma diante da demonstração de que a criança ou o jovem são maduros o suficiente para externar as suas convicções, as suas idéias e os seus desejos.

* Este estudo vai dedicado a Nuno Condo Ferraz de Campos Monaco, respectivamente filho e neto (jurídico, biológico e afetivo) dos autores, nascido a 2 de agosto de 2005, e a sua mãe, Isis Condo Ferraz de Campos Monaco, mulher e nora.

** Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (Direito Internacional) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP.

*** Licenciada em Psicologia e Psicóloga pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo (*campus* Ribeirão Preto); Psicóloga clínica em Santos, com experiência em acolhimento familiar e violência doméstica.

Bibliografia de apoio

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

CALIGARIS, Contardo. *Adolescência*. São Paulo: Publifolha, s/a.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. A participação da criança e do adolescente no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 97-100, 1995.

FREUD, Sigmund. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1987.

GROENINGA, Giselle. The right to be human. In: LØDRUP, Peter; MODVAR, Eva (editors). *Family life and human rights: papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law*. s/l: Gyldendal Akademisk, p. 265-271, s/d (separata).

LACAN, Jacques. *O seminário* (todos os volumes). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, várias datas.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, a 48, n. 278, p. 22-38, 2000.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002.

PAIS, Marta Santos. Aspects juridiques concernant la participation des enfants à la vie familiale. *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 65-66, p. 57-77, 1996.

PAIS, Marta Santos. Child participation. *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 81-82, p. 91-101.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RICCIOTTI, Romano. Il modello professionale del magistrato minorile. *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, a. 19, n. 2, p. 624-638, 1990.

RODRIGUES, Rafael Garcia. In TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 1-34.

RUFFO, André; DOLTO, Françoise. *L'enfant, le juge et la psychanalyste*. S/l: Galimard, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TOMÁS, Catarina Almeida. Posso falar? De um direito adquirido a um direito subtraído. *Infância e Juventude*, Lisboa, n. 2, p. 103-104, 2001.

VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. A problemática dos filhos de pais desavindos. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, a. 4, v. 5, p. 297-303, 1998.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Madrid: Dykinson, p. 21-56, 2002.

[1] Não se leva em conta, portanto, eventual dependência emocional, afetiva, moral, econômica, financeira entre pais e filhos para além do rompimento da dependência jurídica, o que normalmente ocorre por ocasião da assunção da plena capacidade por decurso do tempo previsto no ordenamento jurídico ou mesmo por outras causas, como a emancipação voluntária dos pais, presentes as condições para tanto.

[2] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

[3] Parte das idéias que neste tópico estão consignadas podem ser conferidas, em um contexto mais amplo, em MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 237-243.

[4] Em perspectiva semelhante, quanto ao exercício do poder familiar como expressão do direito à educação, veja-se RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 38.

[5] PAIS, Marta Santos. Child participation. *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 81-82, p. 91-101, 2000, p. 94.

[6] Assim, *verbis*, PORTUGAL – Tribunal de Relação de Évora – acórdão de 11 de maio de 2000: “O T. é neste momento um menino com 11 anos (fará 12 em Abril próximo) e tinha 10 anos quando foi ouvido pelo Tribunal do Cartaxo e pelo técnico superior de Reinserção Social. Entendemos que com essa idade (e até com muito menos) já uma criança tem o discernimento suficiente para ter direito a que a sua opinião seja ouvida e respeitada. Neste sentido, dispõe o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança e a Lei n. 147/99 de 1 de Setembro, relativa a menores em risco ou em perigo. (...). Não havendo nenhum obstáculo inultrapassável, deve prevalecer a vontade do T., cujo interesse é o único que está em causa. Ele já demonstrou o que quer, aliás com uma coragem e uma lucidez notáveis para uma criança da sua idade, que são uma lição para quem queira percebê-lo.”, *apud* Decisões que ficam para a história. In *Notícias Magazine* (Revista dominical do Diário de Notícias e do Jornal de Notícias), em 29 de maio de 2005.

[7] LEITE, Eduardo Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, a 48, n. 278, p. 22-38, 2000, p. 22.

[8] “A oitiva do menor não é imprescindível para a decisão sobre quem lhe terá a guarda, sendo, ao contrário, desaconselhável em muitos casos, dada a evidente pressão psicológica a que é então submetida a criança, da mesma forma que, em virtude da prevalência do interesse e do bem-estar do menor, não pode ele ficar sujeito a sucessivas buscas e apreensões, a pretexto de cumprimento de formalidades”. (BRASIL – TJMG – 1ª Câmara Cível – publicação em 6/10/93 – Ap. 5.253-0/90.349-1-Cambuí – Rel. Paulo Tinôco).

[9] Com expressa referência à idade: “As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição.” (BRASIL - STF - 2ª T. – publ. no DJ de 20-11-92 - HC 69.303-2-MG - Rel. desig. Marco Aurélio).

[10] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 74.

[11] Veja-se, por exemplo, DOXSEY, Sônia Maria Rabello. A participação da criança e do adolescente no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 97-100, 1995, p. 100, quando afirma que o juiz só pode ouvir os maiores de 12 anos nas hipóteses de guarda

ou adoção, expressamente previstas pelo legislador estatutário, mas que *pode e deve* (!?) ouvir também os menores de 12 anos nos demais casos, desde que sua maturidade o permita! Nesse caso, admitir-se-ia, por exemplo, a oitiva da criança menor de 12 anos sobre a troca de seu nome ou a respeito de sua decisão no que concerne a uma intervenção médica, questões que podem trazer conseqüências muito mais sérias, mas não se admitiria a sua oitiva nos casos de guarda que, ademais, podem sempre ser objeto de nova deliberação, havendo nova causa de pedir. Não se concorda, portanto, com a exegese da autora. Acredita-se piamente que a melhor exegese é a de se garantir a toda criança com maturidade, em todas as decisões que essa maturidade possa alcançar, a efetiva participação. Os exemplos citados são de PAIS. Child..., cit., p. 97.

[12] Manifestando-se pela concordância da manifestação do adolescente, já que está se mostra condizente com os estudos psicosociais, em posição que parece desatender às normas vigentes: “Em se tratando de adolescente que já apresenta um alto grau de discernimento, seu pronunciamento perante o magistrado no sentido de pretender continuar sob a guarda do seu avô, é peça importante no deslinde da questão, porque vem ao encontro da recomendação feita nos vários estudos sociais contidos nos autos sobre a conveniência da suspensão do pátrio poder” (BRASIL - TJRJ - Conselho de Magistratura- julg. em 1-10-97 – Ap. 418/97-Niterói - Rel. Afrânio Sayão Antunes).

[13] LEITE. A oitiva..., cit., p. 24.

[14] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Madrid: Dykinson, p. 21-56, 2002, p. 43.

[15] A juíza canadense Andrée Ruffo, no prefácio aos diálogos que manteve com Françoise Dolto afirma que houve um momento em sua vida de magistrada em que ela aprendeu que não deveria trabalhar *para os* jovens, mas *com* eles. Cf. *L'enfant, le juge et la psychanalyste*. S/I: Galimard, 1999, p. 15. Além disso, é mais que necessário que o juiz que labora nessa área seja, antes de tudo, vocacionado para tanto. Cf. VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. A problemática dos filhos de pais desavindos. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, a. 4, v. 5, p. 297-303, 1998, p. 303.

[16] Para um outro modelo de magistrado, veja-se RICCIOTTI, Romano. Il modello professionale del magistrato minorile. *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, a. 19, n. 2, p. 624-638, 1990.

[17] Veja-se TOMÁS, Catarina Almeida. Posso falar? De um direito adquirido a um direito subtraído. *Infância e Juventude*, Lisboa, n. 2, p. 103-104, 2001, ao se referir à Convenção do Conselho da Europa de 25 de janeiro de 1996.

[18] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. La participación..., cit., p. 46.

[19] LEITE. A oitiva..., cit., p. 36. É interessante notar que a criança que comparece ao processo solicitando a sua oitiva não é parte interveniente no processo, pelo que não poderá recorrer dessa decisão em hipótese de ver indeferida essa sua pretensão.

[20] PAIS. Child..., cit., p. 94. Especificamente no que concerne à participação na família, da mesma autora: Aspects juridiques concernant la participation des enfants à la vie familiale. *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 65-66, p. 57-77, 1996.

[21] Não importa restrição, no entanto, a impossibilidade de audição de crianças e jovens por Tribunais que estejam impedidos de analisar questões fáticas, mormente quando a audição tiver ocorrido em primeira instância. Assim, por exemplo, em PORTUGAL – Supremo Tribunal de Justiça – Recurso de Revista 9975/02, Relator Oliveira Barros, data do acórdão 09-10-2003, em que a recorrente pleiteava a descaracterização do depoimento da criança envolvida. O Supremo Tribunal alegou que não poderia proceder a nova análise da matéria de fato, mormente pelo fato de não haver nos autos nada de desabonasse ou implicasse contradição nas alegações da criança ouvida no momento processual próprio.

[22] PAIS. Child..., cit., p. 95.

[23] As considerações deste tópico foram construídas a partir de uma leitura sistemática das obras completas de Sigmund Freud e Jacques Lacan, indicadas na listagem bibliográfica.

[24] Por todos, e pela forma didática com que expõe o assunto, GROENINGA, Giselle. The right to be human. In: LØDRUP, Peter; MODVAR, Eva (editors). *Family life and human rights: papers presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Law*. s/l: Gyldendal Akademisk, p. 265-271, s/d (separata).

[25] CALIGARIS, Contardo. *Adolescência*. São Paulo: Publifolha, s/a, *passim*.

[26] AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 215 e ss.

[27] Veja-se, com interesse, RODRIGUES, Rafael Garcia. In TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 1-34.

Disponível em: < http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direito-civil/copy_of_adocao>. Acesso em: 04 mai 2007.