

AUTONOMIA DE VONTADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

TENFEN, Camila¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de²

RESUMO:

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de relativização da teoria das incapacidades frente à autonomia de vontade das crianças e adolescentes, visto que seus direitos são exercidos por meio dos representantes legais, o que implica a possibilidade de divergência entre os interesses dos representantes e dos representados. Assim, o objetivo do estudo é conhecer os posicionamentos acerca do assunto e refletir como os terceiros intervêm de forma significativa na tomada de decisões que afetam os incapazes. De tal modo, abordou-se acerca de como os menores são interpretados no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na distinção por idade prevista tanto no Código Civil como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Após, analisou-se a viabilidade de relativização da teoria das incapacidades, a fim de evidenciar a importância da participação dos menores nas decisões que os afetam. O conteúdo foi direcionado ao Direito de Família, com o intuito de contextualizar o leitor sobre os institutos da guarda e da convivência familiar. Para tanto, utilizou-se a abordagem qualitativa, com pesquisa em bibliografias, artigos científicos e acadêmicos, e legislação.

PALAVRAS-CHAVE: crianças e adolescentes, autonomia de vontade, relativização.

AUTONOMY OF WILL OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

ABSTRACT:

This work is about the possibility of relativizing the theory of incapacity in relation to the autonomy of will of legally incapacitated individuals, since their rights are exercised through legal representatives, which implies the possibility of divergence between the interests of the representatives and those represented. Thus, the objective of the study is to understand the different positions on the subject and to think about how third parties intervene significantly in decision-making that affects the incapacitated. In this way, the interpretation of minors in the Brazilian legal system was addressed, with emphasis on the distinction by age provided for both in the Civil Code and in the Statute of the Child and Adolescent. Afterwards, the feasibility of relativizing the theory of incapacity was analyzed in order to highlight the importance of the participation of minors in decisions that affect them. The content was directed towards Family Law, with the intention of contextualizing the reader about the institutes of custody and family coexistence. To do so, a qualitative approach was used, with research in bibliographies, scientific and academic articles, and legislation.

KEYWORDS: children and adolescent, autonomy of will, relativization.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar acerca da autonomia de vontade das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. Ela é o meio pelo qual os indivíduos

¹ Integrante do grupo de pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras do Centro Universitário FAG, e-mail: camila_tenfен@hotmail.com.

² Coordenador do grupo de pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras do Centro Universitário FAG, e-mail: lucasoliveira@fag.edu.br

manifestam seus desejos e exercem seus direitos. Entretanto, a legislação civil prevê que no momento dos atos o sujeito deve gozar de capacidade civil plena e discernimento. Do contrário, serão submetidos a representação ou assistência, como é o caso dos menores de 18 (dezoito) anos.

No que tange especialmente a incapacidade por idade, cumpre esclarecer que os menores são sujeitos vulneráveis e por consequência demandam proteção integral por meio do Estado. Assim, como mecanismo de defesa de seus direitos e interesses a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 adotaram como preceito fundamental o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse passo, via de regra, a tomada de decisões ocorre pelos genitores ou responsáveis, respaldados pelo poder familiar. Todavia, é possível que haja divergência entre os interesses dos representantes e dos representados, em especial quando relacionada aos direitos personalíssimos, como é o caso da guarda e da convivência familiar, ocorrendo, então, o conflito. Portanto, surge a necessidade de refletir sobre os limites da teoria das incapacidades frente à progressão mental e possibilidade de, por si só, as crianças e adolescentes exprimirem vontades juridicamente válidas ou que tenham relevância para a tutela de seus interesses.

Dessa sorte, o estudo terá como objetivos específicos descrever como os menores são apreciados pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além de verificar a possibilidade de afastar, total ou parcialmente, a intervenção de terceiros e do Estado no exercício dos direitos dos sujeitos nas decisões afetas ao Direito de Família.

Revela-se, portanto, que a presente pesquisa possui relevância social, jurídica e acadêmica. A primeira, pois, o assunto é cotidiano das famílias brasileiras. A segunda porque será analisada de maneira específica a teoria das incapacidades e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, a terceira, por se propor a apresentar os atuais entendimentos dos elementos supramencionados, os quais viabilizam novas discussões e posicionamentos referentes ao assunto.

Em suma, o artigo será elaborado de maneira descritiva e com abordagem qualitativa, por intermédio da bibliografia jurídica, artigos científicos e acadêmicos, e legislações. Ademais, com a coleta dos dados, o trabalho tem por objetivo alcançar um ou mais resultados, refletindo e contrapondo teoria e prática jurídica, a partir da problemática que envolve os incapazes e a participação nas decisões que os afetam.

2 CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As crianças e adolescentes recebem proteção mundial por meio de diversas legislações, normas e declarações. Desse modo, mostra-se necessário tecer considerações acerca desses documentos, sobretudo os principais marcos. O início da proteção ocorreu com a formalização da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, em 1924, de acordo com a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), a qual previa que todos devem auxiliar no desenvolvimento das crianças, seja nas necessidades, assistência, educação, entre outros (UNICEF, 2023).

Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo a todos os membros da sociedade proteção aos direitos e garantia das liberdades. Entre os termos da declaração, o artigo 25 aponta especial atenção às mães durante a maternidade e às crianças no período da infância (UNICEF, 2023).

Seguindo os termos da mencionada Declaração, firmou-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos em 1966. No primeiro, destaca-se a menção expressa aos trabalhos nocivos às crianças e adolescentes (artigo 10). Já no segundo, ressalta-se o direito ao registro de nascimento, nome e nacionalidade (artigo 24) (UNICEF, 2023).

Ademais, em 1989, a ONU por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança reconheceu às crianças padrões mínimos de proteção, sobretudo no artigo 12, o qual será exemplificado ao longo do trabalho. O documento foi ratificado por 196 países, inclusive pelo Brasil em 1990. No mesmo ano, entrou em vigor no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê mecanismos de proteção integral tanto à criança como ao adolescente (UNICEF, 2023).

Isso considerado, nota-se que as crianças e adolescentes são reconhecidas pelos Estados como sujeitos que possuem os mesmos direitos dos adultos. Entretanto, o exercício de forma plena encontra limitações conforme as legislações específicas de cada país membro. No presente artigo, será abordado acerca das restrições brasileiras ao exercício dos direitos previstos em favor dos incapazes.

No Brasil, a pessoa natural é aquela detentora de personalidade jurídica, figurando como sujeito de direitos e obrigações no cenário jurídico. Como corolário, a aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil está relacionada à capacidade civil plena. Assim sendo, a primeira é adquirida com o nascimento com vida, conforme a teoria natalista e com

previsão legal no artigo 2º do Código Civil. Por outro lado, a segunda encontra respaldo nos artigos 3º e 4º do mesmo diploma legal e em especial, ressalta-se a incapacidade civil por idade, sendo absolutamente os casos de menores de 16 (dezesseis) anos e relativamente os entre 16 (dezesseis) anos e 18 (dezoito) anos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Nessa vereda, para supressão da incapacidade é necessária a presença dos institutos da representação aos absolutamente incapazes e da assistência aos relativamente incapazes, sob pena de nulidade e anulabilidade dos atos praticados, respectivamente, visto que, para o legislador o sujeito por si só não conta com o discernimento necessário para realizar atos na ordem privada (TARTUCE, 2020).

Destarte, importa dizer que o responsável pratica o ato no interesse do incapaz, buscando efetivar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, em situação de incapacidade jurídica, é aplicado o disposto no texto legal, sem margem para interpretação em prol do caso concreto, em que poderia ser considerado o grau de amadurecimento do sujeito para realização de escolhas (COPI, 2021).

Vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de regulamentar no artigo 2º que a criança é a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos e adolescente entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos. Este é um meio para assegurar que as consequências dos atos praticados pelos representantes serão mínimas, contemplando a oitiva dos adolescentes para determinados atos, como a adoção, prevista no artigo 45, § 2º do mencionado diploma legal (CUNHA; ROSSATO; LÉPORE, 2020).

Entretanto, via de regra, no Direito de Família, considerando os institutos da guarda e do direito de convivência, os menores não possuem independência para participarem da tomada de decisões, razão pela qual o detentor da guarda decide como será realizado na prática ou, então, terceiro, como é o caso de ações que atraem a competência do Poder Judiciário. O que a presente pesquisa visa identificar a partir de agora são as circunstâncias em que são viáveis a consideração do interesse da criança ou do adolescente.

2.1 DECISÕES ADIÁVEIS, INADIÁVEIS, REVERSÍVEIS E IRREVERSÍVEIS

A teoria da progressão mental é um mecanismo para relativizar a teoria das incapacidades adotada pelo Código Civil. Isso pois, a teoria das incapacidades foi criada como um meio de garantir e efetivar o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, por considerar que sendo vulneráveis estão expostos à riscos psicológicos,

morais e físicos (COPI, 2021). No entanto, ela limita alguns direitos dos incapazes, especialmente os direitos à liberdade e à expressão.

Desse modo, como meio de possibilitar que as crianças e os adolescentes manifestem suas vontades sem que precisem atingir a maioridade civil, tem-se a busca pela aplicação da teoria da progressão mental. Ela analisa gradualmente a diminuição da incapacidade ao passo do desenvolvimento do incapaz, em especial observando as fases pelas quais ele passa, como o contato com outros sujeitos, primeiras tomadas de decisões e escolhas individuais (COPI, 2021).

Assim sendo, considerando a possibilidade de relativização da teoria das incapacidades, é necessário analisar como ela será aplicada no Direito de Família, nos institutos da guarda e da convivência familiar. Previamente a esta análise, o trabalho apresentará quais são as decisões que podem ser tomadas pelas crianças e adolescentes, em qual momento, e o motivo pelo qual merecem enfoque.

Nesse sentido, tem-se que a oitiva dos incapazes no âmbito das relações familiares pode acontecer em dois momentos. O primeiro ocorre no âmbito privado, uma vez que o Estado confere aos particulares autonomia para resolução dos conflitos atinentes ao cotidiano. É o caso de genitores que conferem liberdade aos filhos para que possam em conjunto tomar decisões. Por outro lado, o segundo envolve a atuação do Poder Judiciário (ALMEIDA, 2018).

No primeiro, a decisão ocorre no âmbito interno da família, não havendo, portanto, a necessidade de auxílio de terceiros, pois os próprios familiares são capazes de ajudar a criança ou adolescente. De outra banda, o segundo demanda a presença da interdisciplinaridade, sobretudo a psicologia, visto que seus profissionais são capacitados para averiguar o grau de desenvolvimento e discernimento do incapaz, auxiliando-o na formação da decisão (ALMEIDA, 2018).

Além disso, mesmo com a presença da equipe profissional qualificada, é importante destacar que a infância é uma fase de inseguranças. Portanto, visando causar pouco ou até nenhum prejuízo significativo, as decisões devem ser enquadradas em quatro divisões, são elas, adiáveis, inadiáveis, reversíveis e irreversíveis (SÊCO, 2013).

As decisões adiáveis são as que não possuem alto grau de complexidade e podem ser postergadas para outro momento. Via de regra, são as decisões que são tomadas dentro do seio familiar, conforme a subjetividade da família e do incapaz. Desse modo, por seu caráter atemporal não necessitam ser decididas em momento de incerteza e vulnerabilidade, mas sim

em tempo oportuno. Elas podem, ainda, possuem caráter reversível ou irreversível (SÊCO, 2013).

Do mesmo modo, as inadiáveis possuem as duas vertentes, ou seja, reversíveis ou irreversíveis. No entanto, tratando-se de inadiáveis e irreversíveis se encontram as dificuldades, visto que significa dizer que “suas consequências não podem ser atenuadas e, muito menos anuladas, entretanto não podem ser tomadas em momento posterior devido aos danos que serão causados se não forem tomadas no momento presente” (ALMEIDA, 2018, p. 80).

Dessa maneira, revela-se imprescindível entender o contexto da relativização da autonomia de vontade e dentro dele está a compreensão do núcleo que envolve a decisão ao menor imposta. Desta forma, a proteção conferida à criança e ao adolescente ocorrerá de maneira eficaz, respeitando o discernimento cognitivo e concedendo poderes para a prática de atos da vida civil determinados e com o mínimo de prejuízo.

2.2 PROTEÇÃO LEGISLATIVA A AUTONOMIA DE VONTADE

Os direitos fundamentais, com surgimento inicial com a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787 e com a da França em 1791, visam efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e por consequência, limitar o poder estatal. Eles encontram previsão na ordem interna do Estado, positivados por intermédio da Constituição ou norma equivalente, sendo que no Brasil estão elencados, sobretudo no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (MÁRIO, 2020).

Neste seguimento, à luz do referido artigo 5º, reputa-se que são titulares dos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no País. Cita-se, por exemplo, o direito à liberdade e à expressão, localizados no artigo 5º, caput e incisos IV e IX do referido diploma, nessa ordem. Entretanto, para o livre exercício é necessário que o sujeito seja dotado de capacidade civil plena (MARQUES, 2018).

Para as crianças e os adolescentes, o artigo 227 da Constituição Federal afirma ser dever não apenas do Estado assegurar aos menores o pleno gozo dos direitos fundamentais, mas também a família e a sociedade. Ademais, os artigos introdutórios do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram que os menores receberão todas as facilidades e oportunidades para que atinjam o desenvolvimento, sem que sofram qualquer discriminação ou opressão.

Outrossim, em 24 de setembro de 1990, o Brasil ratificou a Convenção sobre Direitos da Criança, a qual foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entre as tutelas aos infantes presentes nos artigos, localiza-se o artigo 12, com a seguinte previsão:

Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.

Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (BRASIL, 1990).

Somado a isso, os artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem que os infantes têm direito à liberdade, compreendida como opinião, expressão e principalmente participação na vida familiar e comunitária. No entanto, a mencionada norma regulamentou tais direitos em artigos esparsos. É o caso, por exemplo, de colocação de menores em família substituta, pois assegura à criança e ao adolescente o direito de ser ouvidos, quando possível, por meio de equipe especializada, respeitado o estágio de desenvolvimento, bem como o grau de compreensão acerca do ato a ser praticado. A opinião será considerada e sendo maior de 12 (doze) anos será necessário o consentimento, como dispõe o artigo 28, § 1º e § 2º (COPI, 2021).

Por conseguinte, resta indubitado a presença na legislação de normas que resguardam assistência e proteção aos menores, além de garantir a participação nas causas que os afetem. Porém, as questões estão limitadas à regulamentação no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, convém estudar a respeito da necessidade de elastecimento para as demais áreas.

2.3 PROGRESSÃO MENTAL E RELATIVIZAÇÃO

Cuida-se de analisar, nesse ponto, a possibilidade de relativização do marco imposto pela legislação acerca da capacidade dos menores para a tomada de decisões. Assim, em que pese as limitações exemplificadas ao longo do artigo, busca-se entender se o desenvolvimento biopsíquico dos menores é capaz de conferir a eles a titularidade do direito e o seu efetivo exercício.

Nesse contexto, o marco imposto pela legislação é a idade de 18 (dezoito anos), conforme disciplina o artigo 5º do Código Civil, com exceção dos emancipados e dos

relativamente incapazes (entre dezesseis e dezoito anos) do artigo 4º do mesmo diploma legal, os quais detêm capacidade para determinados atos da vida civil. Ressalta-se que os últimos desde que possuam a devida assistência, como a possibilidade de ser realizado testamento, nos termos do artigo 1.860, parágrafo único da citada norma.

Entretanto, a capacidade do menor não é adquirida de imediato no momento em que completa 18 (dezoito) anos. Assim, a autonomia de vontade das crianças e adolescentes é passível de interpretação à luz da progressão mental, porque a incapacidade é relativizada na medida do desenvolvimento do menor, quando ele adquire novas competências e participa ativamente da tomada de decisões sobre assuntos que o afetem (RIBEIRO, 2014).

Como maneira de explicar a afirmação acima, verifica-se que em outros momentos a legislação brasileira entende que os adolescentes possuem capacidade para tomarem decisões. Além dos exemplos de emancipação e relativamente incapazes acima, cita-se o artigo 7, XXXIII, da Constituição Federal, o qual permite que os maiores de 16 (dezesseis) anos trabalhem, desde que este não seja noturno, perigoso ou insalubre. Ainda, o artigo 14, § 1º, II, 'c', da Constituição Federal prevê o voto facultativo aos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos.

Por meio desses exemplos, é possível questionar a incoerência do ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que em determinados casos impossibilita a tomada de decisões pelos menores e em outros possibilita. Com efeito, a autonomia de vontade dos menores é aplicada a casos específicos, mas a generalidade aos demais, sem observância da progressividade de cada criança e adolescente para exercerem sua autonomia individual (COPI, 2021).

Assim, a progressão mental que encontra respaldo no artigo 5 da Convenção de Direitos da Criança possui cada vez mais razões para ser implementada no Direito, com atenção ao Direito de Família, quando prevê que o Estado e a família devem respeitar os direitos da criança e fornecer a ela os mecanismos para desenvolvê-los de acordo com sua capacidade em evolução. Porém, em que pese o amparo normativo, não há indicação de idade específica.

Dessa maneira, como meio de afastar alegações de insegurança jurídica, bem como com o intuito de aplicar a progressão mental, necessário se faz a análise da capacidade dos menores com auxílio de profissionais qualificados, como por psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, entre outros. Até porque, em decorrência da incerteza e variabilidade da

capacidade mental, estas decisões não podem ser tomadas com base na maioridade civil aos 18 (dezoito) anos.

Desta feita, a Psicologia apresenta ideias centrais do desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Com essa finalidade, cita-se a de Jean Piaget, que buscou exemplificar como o conhecimento de mundo de uma criança muda conforme sua idade, com a construção de seu próprio entendimento. Para ele, existem quatro estágios nos quais a criança irá passar até que alcance a adolescência e após a vida adulta (PIAGET *apud* BEE; BOYD, 2011).

O primeiro consiste no estágio sensório-motor, partindo do nascimento até os dois anos de idade. O segundo ocorre entre dois e seis anos de idade e é chamado de pré-operacional. O terceiro entre os seis e doze anos de idade, intitulado operações concretas. Por fim, o quarto e último é a partir dos doze anos de idade até a vida adulta, sendo que é o estágio de operações formais (PIAGET *apud* BEE; BOYD, 2011).

Partindo das premissas utilizadas por ele, no terceiro estágio a criança começa a pensar de forma lógica, contudo, apenas em relação a situações concretas e reais. Assim, é apenas na quarta etapa que é capaz de organizar em modo lógico as situações hipotéticas que estão sob sua competência, este seria o raciocínio hipotético-dedutivo (capacidade de considerar hipóteses e possibilidades hipotéticas) (PIAGET *apud* BEE; BOYD, 2011).

Em vista disso, mostra-se viável, como será detalhado nos próximos tópicos, que o Direito seja observado em conjunto com a Psicologia para que seja possível em cada caso em concreto analisar a solução adequada para as partes envolvidas.

2.4 GUARDA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Sabe-se que a intervenção estatal nas relações entre os particulares deve ocorrer excepcionalmente, como última *ratio*, pois, a legislação confere autonomia privada em suas relações. O mesmo ocorre no Direito de Família, visto que os envolvidos possuem ampla liberdade para transgredir acerca de seus direitos e interesses (GAGLIANO, 2022). No entanto, quando o assunto é a criança e o adolescente, a vontade privada deixa de se sobrepor à intervenção do Estado, fazendo-se aplicar em determinados momentos regras impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos regimes de guarda e convivência familiar disciplinados pelo Código Civil, os genitores exercem o poder familiar e recebem poderes para, por exemplo, criar e educar os filhos, conforme prevê o artigo 1.634, I, do referido diploma legal. Todavia, há obrigações

descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente que independem da vontade dos pais, como o dever de vacinação da prole regulado no artigo 188, § 1º (ROSA, 2021).

Assim, no momento da abordagem sobre guarda e convivência familiar, é essencial o entendimento que a legislação mantém em sua engrenagem a proteção integral às crianças e aos adolescentes, positivados por meio do princípio do melhor interesse. Logo, a guarda pressupõe a necessidade de zelo, atenção, cuidado e segurança. A partir dela, nasce o direito-dever de convivência entre os pais e os filhos, o qual igualmente possibilita a manutenção dos vínculos e influência de modo direito no desenvolvimento do infante (TARTUCE, 2020).

Cumprе destacar que o instituto da guarda pode ser desmembrado em dois grupos, quais sejam: compartilhada, em que ambos os genitores são responsáveis pelos direitos e deveres decorrentes do poder familiar; e unilateral, quando apenas um dos pais possui o poder exclusivo sobre o filho, consoante artigo 1.583 do Código Civil. O Brasil adotou em 2014, em razão da vigência da Lei nº 13.058, a modalidade compartilhada como regra, ante a necessidade de tornar o cenário que o menor está inserido em um campo democrático, aberto ao diálogo e convivência igualitária com ambos os responsáveis.

A autonomia privada conferida no Direito de Família garante que os genitores possam em consenso adequar, *in casu*, a modalidade que melhor atender os interesses do menor. Todavia, em caso de divergência, comumente após a ruptura das relações pré-existentes dos genitores, seja proveniente do desfazimento do vínculo conjugal ou mesmo do afastamento da convivência, caberá a intervenção do Estado, por meio do Poder Judiciário, a fim de entender cada núcleo familiar individualizado e resolver a lide entre as partes (ROSA, 2021).

Neste momento, é evidente o questionamento acerca da autonomia de vontade dos incapazes. Isso porque, conforme narrado nos tópicos acima, a depender de seu grau de discernimento, poderá manifestar quais são suas vontades e interesses. Isto quer dizer que será assegurado ao menor acompanhamento com equipe profissional adequada, para que posteriormente, por si só, consiga decidir qual núcleo familiar poderá melhor atender seus interesses e necessidades físicas e morais como pessoa (NUNES, 2022).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se manifestou brevemente acerca do tema no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0050861-37.2021.8.16.0000, de Capanema, tendo como Relator o Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. O caso versou sobre guarda e pedido de busca e apreensão de um adolescente que estava sob a guarda fática do genitor. Neste caso, entendeu o juízo de 1º grau pelo indeferimento do pedido formulado

pela mãe em liminar para busca e apreensão do filho, pois este residia com o genitor desde 2020 e não existia elemento desabonador em relação a ele. Agravada a decisão, a fim de efetivar o princípio do melhor interesse do adolescente, o Relator do caso entendeu por mantê-la, ao menos até que fosse realizada a instrução processual com estudo psicossocial e inclusive com a oitiva do filho.

De outra banda, inerente à guarda, localiza-se o direito de convivência, o qual encontra respaldo no artigo 1.589 do Código Civil e configura a possibilidade do genitor que não detém a guarda diariamente visitar e ter o filho em sua companhia. Desse modo, o incapaz permanecerá convivendo de modo igualitário com os genitores, mas criará laços no local que melhor atenda o princípio da dignidade da pessoa humana cumulado com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (ALMEIDA, 2022).

Ambas as decisões merecem ser interpretadas como inadiáveis, já que não podem aguardar o filho atingir a maioridade civil para que seja decidida, de modo que sendo priorizada sua oitiva, a diligência deve ocorrer com a maior brevidade possível. Ademais, irreparável, uma vez que não se pode aguardar o trâmite do processo com toda uma instrução processual para garantir ao menos um contato mínimo entre genitor e filho.

Ademais, as Varas de Família lidam diariamente com processos que envolvem guarda e convivência familiar, sendo inúmeras as crianças e adolescentes submetidas ao Poder Judiciário e por ele vinculados à responsabilidade de um ou mais responsáveis. Dessa maneira, por mais que não seja o ambiente adequado para os incapazes, na maioria das vezes é o único capaz de pacificar os conflitos dos genitores.

Além disso, a escuta realizada por profissional qualificado de modo algum contraria as normas em vigor no Brasil, inclusive, exemplifica-se a afirmação por meio do artigo 12 da Convenção de Direitos da Criança da ONU, a qual prevê a necessidade de que os menores opinem em todos os assuntos a eles relacionados (UNICEF, 2023).

Por fim, ressalta-se que neste tópico buscou-se apresentar os casos em que ambos os genitores possuem capacidade e vontade de exercer a guarda do filho e tê-lo em sua companhia. Por tal razão, não se aplica o disposto no artigo 1.584, § 2º do Código Civil, caso em que um dos genitores expressamente não deseja a guarda, ou ainda nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar de um dos pais.

2.5 ANÁLISE PRÁTICA E PROPOSTA DE SOLUÇÃO

2.5.1 Estudo “Uma Avaliação da Criança como Sujeito Assujeitado no Processo Judicial”

Em junho de 2020, foi realizada pesquisa por Jordana de Carvalho Pinheiro e Sônia Margarida Gomes Sousa, em Goiânia/GO. O estudo intitulado “Uma Avaliação da Criança como Sujeito Assujeitado no Processo Judicial” buscou sopesar os direitos das crianças e adolescentes previstos na legislação e sua aplicabilidade no Brasil (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Para tanto, procedeu-se entrevista com 08 (oito) convidados do campo jurídico, sendo eles um desembargador, uma juíza, uma procuradora, uma promotora de justiça, dois defensores públicos e duas advogadas. As identidades permaneceram resguardadas, mas os resultados foram apresentados no trabalho (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Conclui-se após a conversa com os convidados que sete deles observam as crianças como invisíveis dentro do processo judicial. Isso porque, argumentam que nos processos em que se busca a efetivação dos direitos delas, não são ouvidas ou a oitiva não é realizada da maneira correta. No mesmo sentido, um dos entrevistados citou serem as crianças, em suas palavras: “(...) um sujeito de direito, mas sujeito de direito especial, porque ela não pode exercer o próprio direito no nome dela, ela tem que ter alguém para exercer esse direito dela” (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Além disso, no âmbito do Direito de Família ressaltaram duas convidadas que nos processos que atuam, com crianças, elas são sem dúvidas pouco ouvidas. Nesse ponto, a membra do Ministério Público pontuou que as crianças são postas em um plano secundário nos processos judiciais e apenas retornando nos casos em que o processo começa a perder seu foco principal, que em um primeiro momento era o próprio menor envolvido (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Desse modo, apontou o resultado apresentado que muito embora a legislação vigente no Brasil versar sobre o tema, ela não traz mecanismos para a oitiva das crianças e adolescentes nos processos judiciais, não sendo aplicada da maneira que está exposta. Ainda, salientou-se a importância da interdisciplinaridade com a Psicologia Jurídica, a fim de que os profissionais do Direito estejam seguros para aplicarem o disposto na legislação vigente (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

2.5.2 Recomendação n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça e Lei n. 13.431/2017

O Conselho Nacional de Justiça publicou relatório com base em pesquisa acadêmica denominada “A oitiva de crianças no Poder Judiciário brasileiro: estudo com foco na

implementação da Recomendação n. 33/10 do CNJ e da Lei n. 13.431/2017”. O intuito principal do estudo foi demonstrar quais os mecanismos devem ser utilizados para assegurar os direitos das crianças e adolescentes durante sua oitiva, possuindo por foco as vítimas ou testemunhas de violência (CNJ, 2019).

Entre os pontos apresentados no relatório, ressalta-se a realização do depoimento especial, o que encontra previsão legal no artigo 8 da Lei n. 13.431/17, momento em que a criança ou adolescente é ouvido perante a autoridade judiciária. Para tornar possível sua ocorrência, é necessário que a vara responsável possua local adequado, materiais disponíveis para a criança, equipamentos e apoio técnico (CNJ, 2019).

Nesse ponto, dentre outros assuntos, o estudo analisou 24 (vinte e quatro) localidades e em apenas 14 (quatorze) seguem as exigências legais. Apontou-se o exemplo de Goiás, local no qual foram instituídos os mecanismos necessários para a realização do depoimento especial. Contudo, apenas neste local, não ocorrendo a implementação em todas as comarcas, o que, por consequência, faz com que os indivíduos precisem se deslocar para a capital. Ao final, foram apontadas as dificuldades do sistema para o depoimento especial, dentre eles cita-se a limitação econômica, salas inadequadas, falta de pessoal qualificado, entre outros (CNJ, 2019).

Além disso, ressalta-se que o estudo apresentou uma proposta de curso de capacitação para os magistrados, a fim de que seja implementado o disposto na legislação por eles e de modo eficiente. Assim, utilizando-se a abordagem e meios adequados o depoimento do menor será extraído com os mínimos prejuízos para ele (CNJ, 2019).

A compreensão de como o depoimento especial possui rigores legais e mecanismos próprios para acontecer pode ser analisado no âmbito do presente trabalho, uma vez que em ambos os casos se busca viabilizar a oitiva das crianças e adolescentes como sujeitos ativos do processo judicial. Assim, é possível utilizar dos mesmos meios de oitiva no âmbito do Direito de Família, com a implementação de ambientes próprios, incluindo equipamentos e profissionais.

2.5.3 Proposta de solução

Ao final, após a exposição neste artigo, apresenta-se uma possível solução ao problema envolvendo a autonomia de vontade das crianças e adolescentes e a tomada de decisões no âmbito do Direito de Família, sobretudo nos institutos da guarda e da convivência

familiar. Ressalta-se que o trabalho buscou alcançar um resultado, no entanto, ele não esgota outros meios pelos quais a manifestação de vontade dos menores pode acontecer.

A hipótese de possível aplicação no Poder Judiciário brasileiro, muito embora as limitações estruturais, é a oitiva dos menores. Todavia, para que a manifestação de vontade dos incapazes ocorra de forma livre, respeitando o grau de discernimento, maturação e as vulnerabilidades, sua escuta precisa acontecer com a intervenção do profissional qualificado e sugere-se a participação do psicólogo (ROSA, 2021).

Isso porque, não se desconsidera a capacidade jurídica e as vivências daqueles que atuam no órgão julgador, como o magistrado e promotor, porém, eles não são profissionais capacitados de modo técnico para ouvir, questionar e auxiliar no desenvolvimento da decisão pelo menor. Estes são atos que vão muito além do simples escutar as palavras (ROSA, 2021).

Assim, de modo essencial, quando mencionamos as crianças e adolescentes o Direito caminha ao lado da Psicologia, sendo indispensável que ocorra a interdisciplinaridade entre as disciplinas, até que o problema seja solucionado (PINHEIRO; SOUZA, 2020). Desse modo, os processos tendem a ser mais estáveis quando há a oitiva das crianças e adolescentes, do que quando suas opiniões não são ouvidas (BEE; BOYD, 2011).

Além disso, devem ser responsáveis pela elaboração de laudos que indicarão de maneira individualizada o grau de desenvolvimento da criança ou adolescente e a viabilidade de manifestação de vontade livre. Por consequência, tendo por base a progressão mental, será viável analisar sobre a aplicação da escolha do menor na prática, ou ao menos a consideração dela.

Ademais, para questões familiares que não envolvam o Poder Judiciário, é razoável que no limite do desenvolvimento dos menores os responsáveis possibilitem sua participação nas decisões. Isso em função da necessidade de respeitar a personalidade e maturidade dos filhos, efetivando a aplicação dos princípios que regem o Direito de Família, são eles: afetividade, função social da família, convivência familiar e plena proteção da criança e do adolescente (GAGLIANO, 2022).

Para tanto, ressalta-se a importância da comunicação nas relações familiares, pois as crianças e adolescentes que estão em um ambiente onde há escuta e diálogo desenvolvem a comunicação de forma clara e mais madura. Logo, o mecanismo a ser também implementado nessas relações familiares é a inclusão das crianças mais velhas no processo de tomada de decisão, como com quem vão morar e com que frequência verão o outro pai (BEE; BOYD, 2011).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista aos argumentos apresentados, atesta-se que a teoria das incapacidades, à luz do Código Civil, é o meio adequado para que incapazes possam exercer os direitos a eles inerentes, particularmente à autonomia de vontade, à liberdade e à expressão. Assim, desde que haja a representação ou assistência por parte dos genitores ou responsáveis, e em caso de conflito, o auxílio do Estado, é possível a manifestação de vontade.

No Brasil, é possível a oitiva dos menores na tomada de decisões que os afetem, desde que capazes de formularem opinião. Contudo, o disposto na Convenção de Direitos da Criança encontra ínfimo respaldo na legislação interna do país, de modo que a aplicação da progressão mental, sobretudo nas demandas judiciais, fica a critério dos magistrados.

Na família, por exemplo, é indispensável que seja garantido aos sujeitos as manifestações de vontade, pois é onde passam pelas primeiras experiências, inclusive de erros, e iniciam o processo de desenvolvimento da personalidade. Já perante o Poder Judiciário ocorre nas ações que versem sobre guarda e convivência familiar, mediante a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e melhor interesse das crianças e adolescentes.

Por esta forma, a aplicação em conjunto dos direitos fundamentais e a capacidade progressiva possibilita que os incapazes antes de completarem a maioridade civil participem ativamente das decisões que estejam relacionadas a eles. Para tanto, a fim de que este ato ocorra de maneira livre e sem vícios, é imprescindível a presença da interdisciplinaridade com a Psicologia, garantindo a contribuição de maneira adequada e com o mínimo de danos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Manoela Munsur Coelho. **A autonomia da vontade da criança e do adolescente**. PUC, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37812/37812.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BEE, Helen; BOYD, Denise. **A criança em desenvolvimento**. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 378-380.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União. ano 1990, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (11ª Câmara Cível). **Recurso de Agravo de Instrumento**, 0050861-37.2021.8.16.0000. Relator: Sigurd Roberto Bengtsson. Julgamento: 31/01/2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018643861/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0050861-37.2021.8.16.0000>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. **Os direitos das crianças e dos adolescentes**. UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/271/1/Justiça%20Pesquisa%20-%20A%20Oitiva%20de%20Crianças%20no%20Poder%20Judiciário%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

COPI, Lygia Maria. **Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes**. Siga UFPR, 2021. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/72750/R%20-%20T%20-%20LYGIA%20MARIA%20COPI.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 mar. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da criança e do adolescente**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 147 – 172.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GÍDARO, Wagner Roby. **A autonomia de vontade nos direitos humanos fundamentais: direito de morrer como hipótese jurídica**. Biblioteca Digital USP, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05032021-Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

MARQUES, Sara Patrícia Ferreira. **Autonomia do Menor sujeito às Responsabilidades Parentais**. Universidade de Lisboa, 2018. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37364/1/ulfd136462_tese.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

MÁRIO, Francisco. **Diálogos sobre o Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 277 - 288.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Respeito aos direitos da personalidade das crianças e adolescentes**. Revista Segurança Urbana e Juventude. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/seguranca/article/view/5027/4169>. Acesso em: 10 mar. 2023.

PINHEIRO, Jordana de Carvalho; SOUSA, Sônia Margarida Gomes. **Uma Avaliação da Criança como Sujeito Assujeitado no Processo Judicial**. Itatiba, 2020. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712020000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 mai. 2023.

RIBEIRO, Alcida da Costa. **O Direito de Participação e Audição da Criança no ordenamento jurídico português**. Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35085/1/O%20Direito%20de%20Participacao%20e%20Audicao%20da%20Crianca%20no%20ordenamento%20juridico%20portugues.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 69-79.