



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Testemunho de menores incapazes: colheita, valoração e aplicação
no julgamento de ações de guarda

Maria de Lourdes Couto Silva

Rio de Janeiro
2016

MARIA DE LOURDES COUTO SILVA

**Testemunho de menores incapazes: colheita, valoração e aplicação
no julgamento de ações de guarda**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Neli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

TESTEMUNHO DE MENORES INCAPAZES: COLHEITA, VALORAÇÃO E APLICAÇÃO NO JULGAMENTO DE AÇÕES DE GUARDA

Maria de Lourdes Couto Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - o Código de Processo Civil, em seu art. 447, parágrafo 1º, inciso III, exclui os menores de 16 anos do rol de testemunhas, permitindo sua oitiva apenas quando necessário. O presente trabalho aponta os reflexos de tal dispositivo na oitiva de menores de idade e sua utilização como fundamento nas decisões de ações de guarda. Analisar-se-á de forma crítica a natureza jurídica dos depoimentos das crianças e adolescentes, indicando a sua validade jurídica, a forma de colheita desse depoimento e a influência que pode ter no julgamento feito pelo magistrado na ação de guarda, levando-se sempre em consideração o princípio da prevalência do melhor interesse do menor incapaz.

Palavras-chave: Direito processual civil. Menores incapazes. Prova testemunhal. Ações de guarda.

Sumario: Introdução. 1. Depoimento de menores incapazes – testemunho ou mera prestação de informações? 2. Colheita do depoimento do menor incapaz 3. Valoração e influência do depoimento do menor incapaz no julgamento do processo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o uso da prova testemunhal produzida por menores incapazes em decisões judiciais em que há um contexto de conflitos entre pais acerca da guarda dos filhos menores de idade. Procura-se demonstrar a dificuldade de o magistrado verificar qual o melhor interesse da criança em seu julgamento, tendo em vista que os filhos

menores de 18 anos são considerados incapazes, não podendo tomar decisões no âmbito civil ou ter sua vontade como causa decisiva de um conflito.

Para tanto, serão abordados os escassos entendimentos doutrinários acerca do tema, assim como análise de lei, de modo a verificar se o menor incapaz pode ser testemunha ou não, qual a validade de suas palavras e qual a influência de sua vontade exposta sobre o julgamento da ação de guarda.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se poucos dispositivos regulando o depoimento de menores incapazes. O Código Civil de 2002 estabelece que os menores de 16 anos não podem ser admitidos como testemunhas. Já o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015 estabelecem que os menores de 16 anos, incapazes, não podem depor como testemunha.

Mas o depoimento dos menores incapazes não seria indispensável para o julgamento da ação de guarda, já que apenas com a oitiva do menor seria possível ao magistrado verificar com maior clareza qual o melhor interesse para este menor? Isso levando-se em conta que é difícil produzir provas que demonstrem o verdadeiro cenário em que o menor se encontra, sendo possível apenas ao menor descrever o que ocorre no âmbito de sua família.

O tema é pouco discutido na doutrina e jurisprudência. Contudo merece ser debatido, tendo em vista que o rumo da vida de menores incapazes é definido pelo magistrado quando os seus responsáveis não chegam a um entendimento, sendo necessário recorrer ao judiciário para solucionar os conflitos sobre guarda.

No primeiro capítulo deste trabalho, será discutida a possibilidade ou não da produção de provas através da oitiva dos menores incapazes, definindo a natureza jurídica do depoimento feito, ou seja, se é prova testemunhal ou mera prestação de informações.

Em seguida, no segundo capítulo, será feita ponderação acerca do sistema de produção de provas existente no ordenamento jurídico brasileiro, discutindo-se a forma como

o depoimento do menor incapaz é colhido, para que esse tenha validade jurídica e seja livre de vícios.

Por último, no terceiro capítulo deste trabalho, após a definição da natureza jurídica do depoimento da criança ou adolescente e o modo de produção para sua validação, será discutido sobre a real aplicação, pelo magistrado, de tal prova no julgamento das ações de guarda, no intuito de cumprimento do princípio da prevalência do melhor interesse do menor.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica e comparada, de natureza exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação e escassa doutrina.

1. NATUREZA JURÍDICA DO DEPOIMENTO DE MENORES INCAPAZES E SUA VALIDADE JURÍDICA NAS AÇÕES DE GUARDA

No ordenamento jurídico brasileiro é possível a oitiva, pelo magistrado, de crianças e adolescentes em qualquer tipo de ação, tendo em vista a previsão no Decreto 99710/90¹ (Convenção sobre os Direitos da Criança), artigo 12, de que a toda criança será garantido o direito de ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que a afete e de expressar livremente suas opiniões.

Contudo, no julgamento de ações de guarda, diante do princípio do melhor interesse do menor, surge a necessidade de se analisar cuidadosamente a natureza jurídica dessa oitiva, definindo se é prova testemunhal ou mera prestação de informações, assim como analisar a

¹ BRASIL. Decreto 999710/1990. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 set. 2016

validade jurídica de seu conteúdo, para que as palavras da criança ou adolescente possam ser devidamente utilizadas pelo magistrado.

A análise da natureza jurídica do depoimento de menores é de grande importância, tendo em vista a sua incapacidade civil² e a dificuldade da produção probatória nas ações que envolvem o âmbito familiar.

A prova testemunhal, de acordo com definição da doutrina³, é a prova oral produzida por pessoas que não fazem parte do processo, mas que possuem conhecimento acerca de fatos controvertidos relevantes para resolução de conflitos. Essa prova é feita com intuito de esclarecimento sobre fatos, possuindo a testemunha o dever de descrever os fatos conhecidos de forma objetiva, sem fazer juízo de valor.

Diante do fato de que prova testemunhal deve ser produzida sem que a testemunha emita juízo de valor, surgem dúvidas jurídicas acerca da oitiva de crianças e adolescentes, já que menores de idade possuem dificuldade para descrever objetivamente fatos, acabando por fazer juízo de valor. Ainda, especificamente nas ações de guarda, os menores acabam indicando preferências e desejos ao serem inquiridas pelos magistrados, já que nessas ações discute-se como será a vida da criança ou adolescente a partir do momento em que os pais ou responsáveis deixam de concordar acerca do melhor interesse para o menor.

A legislação, em especial o Código de Processo Civil⁴, ao regular sobre a prova testemunhal, definiu quem pode depor como testemunha, assim como definiu aqueles que não podem depor como testemunha, por serem considerados incapazes, impedidos ou suspeitos.

O CPC de 2015, em seu art.447, parágrafo 1º, inciso III (correspondente do artigo 405, parágrafo 1º, inciso III CPC de 1973) assim definiu “Art. 447. Podem depor como

² BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 mar. 2016

³ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo de Processo Civil*. 2. tiragem Niterói: Impetus, 2014. p. 321

⁴ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: [...] III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; [...]"

Isso quer dizer que os menores de 16 anos são considerados incapazes para depor como testemunha, não podem ser testemunhas em qualquer processo. Afastou dúvidas acerca da oitiva de menores de idade, definindo que não é prova testemunhal.

Contudo, conforme os parágrafos 4º e 5º do artigo 447 do CPC/15, podem as crianças e adolescentes serem inquiridas pelo magistrado quando necessário.

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. (...) § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Nessa inquirição, as crianças e os adolescentes menores de 16 anos não serão considerados como testemunhas, pois para a lei os menores de 16 anos são considerados incapazes para depor como testemunha. Mas, diante da necessidade de inquirição do menor de idade, será o depoimento deste realizado na qualidade de mera prestação de informações⁵.

Conclui-se, pois, que as crianças e os adolescentes até 16 anos, ao serem inquiridas pelo magistrado, não são testemunhas, não havendo a produção de prova testemunhal. São, na realidade, informantes, que auxiliam o magistrado com a emissão de sua visão sobre determinado fato.

Ser ouvido na qualidade de informante significa dizer que o menor não ira prestar compromisso. O compromisso, levando-se em conta o disposto no art. 458 CPC/15⁶, possui o objetivo de evitar falsas afirmações, evitar que a testemunha se cale ou oculte a verdade, sob pena de aplicação de sanção penal. Atribuir tal obrigação ao menor seria irresponsável. Isso porque, por não estar emocionalmente maturo, o menor põe suas emoções em suas palavras,

⁵BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

⁶BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

faz juízo de valor, podendo vir a fazer afirmações falsas, se calar ou ocultar a verdade para que a decisão do magistrado seja no sentido de seu interesse, e não o que for melhor para si.

Ainda, tendo em vista a inocência da maioria dos menores de 16 anos, pode o mesmo ser influenciado por um de seus responsáveis. Não é incomum ao magistrado se deparar com depoimentos simulados de crianças e adolescentes, com falsas acusações de maus-tratos, violência sexual, entre outros, em razão de influencia de um dos responsáveis, com o intuito de prejudicar a outra parte, e influenciar a decisão do magistrado sobre a guarda do menor.

Definido que o depoimento realizado em juízo por menores de 16 anos possui a natureza jurídica de mera prestação de informações, faz-se necessário analisar a validade jurídica dessa prestação de informação e de seu conteúdo, já que muitas vezes indispensável para solução do conflito sobre a guarda do menor incapaz.

Tendo em vista a impossibilidade de vasta produção de provas nas ações de guarda, verifica-se que a definição do depoimento do menor incapaz como mera prestação de informações não retira sua validade jurídica. As palavras da criança ou do adolescente não podem ser consideradas inválidas e serem descartadas pelo ordenamento jurídico pelo simples fato de serem considerados incapazes, já que muitas vezes o depoimento do menor é a única prova capaz de relatar os fatos que ocorrem no âmbito familiar, assim como demonstrar o melhor interesse do menor.

Não devem ser desprezados os fatos narrados pelo menor, mesmo que, ao depor, ele indique sua preferência, como por exemplo, de permanecer com o pai ou com a mãe. Isso porque, apesar de incapaz, o menor é ser humano dotado de inteligência, capaz de expor minimamente fatos e desejos.

O CPC definiu, em seu art. 447, parágrafo 5º CPC⁷, que ao magistrado cabe valorar a prestação de informações realizada pelo menor, verificando se o depoimento foi verdadeiro ou não, e se foi suficiente para esclarecer qual o melhor interesse do menor.

Não há como o magistrado não levar em consideração as palavras do menor, sendo válido utilizar o depoimento para tomar decisão acerca da guarda do menor e proferir a sentença. A legislação, no art. 447 p.5º CPC, permite ao magistrado atribuir ao depoimento do menor o valor que entender merecer. Caso o magistrado perceba falsidade ou simulação, por exemplo, poderá o mesmo atribuir valor ínfimo ao depoimento, assim como, se perceber verdade no depoimento da criança ou adolescente, atribuir valor alto, fundamentando sua decisão nesse depoimento, junto com outras provas, para atender ao melhor interesse do menor.

Portanto, a incapacidade não impossibilita o depoimento do menor em juízo, sendo o depoimento realizado na qualidade de mera prestação de informações, com plena validade jurídica, cabendo ao magistrado valorar o seu conteúdo conforme percepção de veracidade, ou não, no depoimento do menor de 16 anos.

2. COLHEITA DO DEPOIMENTO DO MENOR INCAPAZ

Como viu-se no capítulo anterior, a legislação processual civil⁸ exclui o menor de 16 anos do rol de testemunhas. Contudo, é possibilitado ao magistrado ouvir menores de 16 anos

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 1º III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

em qualquer processo, na qualidade de informante⁹, possuindo suas palavras validade jurídica. Isso porque a toda criança é garantido o direito de expressar suas opiniões livremente, levando-se em consideração suas opiniões, de acordo com sua idade e maturidade, e será proporcionada a oportunidade à criança de ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que a afete¹⁰.

Todavia, para a criança ou adolescente, a situação de se apresentar perante o magistrado para ser ouvido, prestar informações ou expor suas opiniões pode ser uma experiência assustadora e traumatizante¹¹. Por essa razão, a oitiva de menores incapazes é considerada uma situação excepcional que merece especial cuidado, para garantir os direitos do menor e ter a prestação de informações a validade jurídica necessária para uso pelo magistrado em seu julgamento.

Tendo em vista a necessidade de oitiva de menores incapazes nos crescentes casos de ações de guarda, e levando em consideração a condição especial da criança e adolescente protegida constitucional, dá-se especial atenção ao momento em que ocorre e como ocorre a oitiva do menor.

Como regra, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015¹², artigo 361 e 453, todas as provas orais devem ser produzidas em audiência de instrução e julgamento, exceto as produzidas antecipadamente ou por meio de carta. Ou seja, a oitiva de pessoas deve ser realizada na sala de audiência, com a presença do magistrado, das partes, com seus respectivos patronos. Esse é o procedimento normal para a realização da colheita do depoimento de uma pessoa, tanto na qualidade de testemunha ou na qualidade de informante.

⁹ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 4º e p. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

¹⁰ BRASIL. Decreto 999710/1990. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 abr. 2016

¹¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 166-167

¹² BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 361 e 453. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

Contudo, como já dito, o procedimento de oitiva, com a presença do magistrado, dos pais e advogados, para uma criança ou adolescente, pode ser uma situação intimidante, que pode gerar traumas e conseqüências negativas. Por isso surgiu a idéia¹³ de realização, em casos especiais, da oitiva de menores incapazes de maneira diversa, em local separado das partes, com auxílio de equipes multidisciplinares. Psicólogos, terapeutas e outros especialistas auxiliam o magistrado na colheita de um depoimento juridicamente válido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro criou salas especiais para a realização do chamado “Depoimento sem dano”. O “Depoimento sem dano” é um sistema de escuta judicial em que ocorra a colheita de depoimento de menores incapazes em salas especiais, separada da sala de audiência onde se encontram o magistrado, as partes e seus respectivos advogados. A realização de perguntas ao menor na sala do especial é realizada pelo magistrado por intermédio de um profissional especialista em menores, como psicólogos ou conselheiros, que recebem as perguntas por meio eletrônico. Todo o procedimento é gravado, estando o vídeo e o áudio disponíveis no processo.

O depoimento do menor é realizado, portanto, por uma espécie de videoconferência, para que o menor possa depor em um local mais adequado a sua idade e maturidade, ocorrendo de maneira livre, sem qualquer tipo de intimidação e possíveis conseqüências negativas sobre o menor.

Contudo, tais salas são aplicadas somente em casos especiais, como no caso de violência doméstica, suposta violação sexual, ou qualquer outra situação que por si só seja traumatizante.

Ressalta-se que o uso dessas salas não apenas busca proteger a criança ou adolescente, mas também a proporcionar um ambiente que gere segurança para o menor relatar os fatos que presenciou. Crianças e adolescentes quando se sentem ameaçados, ou com

¹³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 166-167

medo, ocultam a verdade ou até mesmo se calam. E, como todo ser humano, as crianças ou adolescentes podem ter caráter manipulativo ou fantasioso, sendo necessário evitar que tais características aflorem no depoimento. No ambiente correto, será mais provável que o menor exponha sua versão dos fatos sem qualquer distúrbio, simulação, ou até mesmo sem mentiras. E proporciona ao especialista que realiza as perguntas em nome do magistrado melhores condições de análise da criança ou adolescente, resultando em um depoimento juridicamente válido.

Nos casos em que o magistrado não tem acesso a esse recurso tão benéfico, como em ações de guarda simples, sem qualquer suspeita de violência doméstica ou sexual, por exemplo, fica esse limitado a realizar a oitiva do menor incapaz em audiência de instrução e julgamento, com a presença do Ministério Público e de especialista.

Neste caso, a presença dos pais na oitiva é prejudicial, pois a criança ou adolescente pode se sentir constrangido, não dizendo a verdade ou emitindo falsa vontade. Então, seria aconselhável que os pais não se encontrem na sala de audiência. Mas, diante da necessidade de preservação do princípio do contraditório e ampla defesa, seria indispensável a presença dos advogados nesse momento para dar validade jurídica ao depoimento do menor, mesmo que seja garantido no ordenamento jurídico pátrio a produção de provas pelo magistrado¹⁴.

Percebe-se, então, que, por se tratar de indivíduos ainda em desenvolvimento, possuidores de peculiaridades em razão de sua pouca idade e maturidade, deve o depoimento do menor de 16 anos ser colhido de forma especial para ter validade jurídica. Não pode o magistrado agir como se estivesse colhendo o depoimento de pessoa maior de 16 anos. Deve tomar cuidados especiais, como ter a presença de especialista, ou realizar forma especial de colheita de depoimento, para que seja feita da forma correta, sendo possível conferir validade a tal depoimento.

¹⁴BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 370. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 6 set. 2016

3. VALORAÇÃO E INFLUÊNCIA DO DEPOIMENTO DO MENOR INCAPAZ NO JULGAMENTO DO PROCESSO

Apesar de ser garantido ao menor de idade o direito de livremente expressar suas opiniões, serem essas levadas em consideração¹⁵, e terem o direito de ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que o afete, a legislação processual civil¹⁶ os exclui do rol de testemunhas. Como foi possível observar, aos menores de 16 anos é possível apenas a prestação de informações¹⁷ em ações, por não terem a qualidade de testemunha. Contudo, tal exclusão não retira automaticamente a validade jurídica de suas palavras, sendo possível ao juiz atribuir se realizada a oitiva de maneira correta¹⁸.

Verificou-se que, para ter validade jurídica, ao magistrado cabe realizar a oitiva do menor de 16 anos de forma especial, levando em consideração o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, as peculiaridades desse ser em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do menor¹⁹. Seguindo tais princípios, e utilizando instrumentos disponibilizados pelos Tribunais de Justiça, como salas especiais de depoimento, videoconferência, e equipes multidisciplinares, é possível que o depoimento do menor de 16 anos tenha validade jurídica e possa ser utilizada pelo magistrado.

¹⁵ BRASIL. Decreto 999710/1990. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 set. 2016

¹⁶BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p.1º III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 6 set. 2016

¹⁷ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2015. p. 353-357

¹⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 166-167

¹⁹BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Cabe, agora, levar a discussão no sentido da efetiva utilização, pelo magistrado, das informações que foram colhidas na oitiva do menor, no julgamento das causas envolvendo guarda de menor de 18 anos.

O CPC prevê em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”

Já o ECA – Estatuto da criança e do adolescente –, apesar de não tratar especificamente das ações de guarda, em diversos dispositivos²⁰ indica, além da possibilidade de oitiva do menor de idade, a possibilidade da opinião do menor ser levada em consideração pela autoridade judiciária competente.

Pela análise conjunta de tais dispositivos, chega-se à conclusão de que é possível ao magistrado utilizar a prestação de informações - realizada pelo menor de 16 anos - na formação de seu convencimento, tendo em vista que há regra sobre a possibilidade de ser levada a opinião do menor em consideração pelo magistrado. E há regra de que qualquer

²⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 100. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 100 ECA. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 100 § 5º. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 101 § 5º ECA O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 161 § 3º Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 161 § 3º ECA Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 186. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 186 ECA Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

prova produzida em um processo pode ser indicada na decisão como razão de formação do convencimento pelo magistrado.

Mas até que ponto pode a oitiva do menor ser levada em consideração na formação do convencimento do magistrado, tendo em vista tratar-se de prestação de informações e não prova testemunhal?

No artigo 447 parágrafo 5º do CPC, há a regra de que no depoimento de menores de 16 anos, o juiz atribuirá o valor que esses depoimentos merecerem ter.

Não há qualquer regra legal, ou discussão doutrinária, sobre a efetiva valoração do depoimento do menor de 16 anos. Há apenas a previsão, como dito antes, de que ao juiz caberá o dever de valorar o depoimento do menor.

Tal liberdade de valoração veio da adoção, no Brasil, do sistema do livre convencimento motivado do juiz²¹, que prevê a liberdade do magistrado para formar seu convencimento, desde que de forma condizente com demais provas dos autos. E, prevê que as provas não possuem valor determinado em lei, e não há hierarquia entre elas.

O magistrado, portanto, na valoração das provas e julgamento da causa, levará em conta regras de experiência comum e o processo como um todo. Não há uma regra legal completa e fechada. Deu-se ao magistrado a liberdade para, dentro dos limites do ordenamento jurídico e regras procedimentais, julgar com base em provas que ele mesmo valorará de acordo com regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (regra prevista no art. 375 CPC).

O magistrado poderá livremente valorar o depoimento do menor. Para isso, seria válido fazer uma distinção dentro da categoria menores de 16 anos, entre crianças e adolescente. Isso porque nem sempre a criança e o adolescente são tratados da mesma

²¹ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2015. p. 353-357

maneira, assim como possuem diferentes níveis de desenvolvimento mental, influenciando seus depoimentos.

De acordo com o ECA (Estatuto da Criança e de Adolescente), art. 2º, criança é toda pessoa entre 0 e 12 anos de idade incompletos, e adolescente é toda pessoa entre 12 e 18 anos de idade incompletos.

Ressalta-se que os adolescentes de 17 e 18 anos de idade incompletos podem ser testemunhas²², de acordo com a legislação processual civil que os inclui no rol de testemunhas, havendo-se uma exclusão destes da discussão objeto desse trabalho.

Na valoração do depoimento feito pela criança, o magistrado deverá ter especial atenção ao fato de que tais indivíduos são facilmente influenciáveis e tendem ao lúdico. Com isso, deverá o magistrado interpretar o depoimento do menor levando em conta tais aspectos, e retirar apenas os fatos que condizem com a realidade. Fazendo tal exercício, nada impede a utilização do depoimento do menor para fundamentar a decisão.

Já na valoração do depoimento feito por adolescente, o magistrado deverá ter especial atenção ao fato de que tais indivíduos estão em momento de desequilíbrio emocional, devido a mudanças hormonais, levando-os a mentir e manipular em certos casos. Com isso, devesse o magistrado saber verificar se o adolescente realmente fala a verdade ou mente, sendo levado pela emoção.

Percebe-se que, ao magistrado, recai uma enorme responsabilidade, pois esse, além de ter a função de solucionar conflitos existentes entre os pais do menor, possui o trabalho de identificar, no depoimento do menor, a realidade dos fatos e de suas vontades, verificando se suas opiniões estão livres e condizentes com a situação fática.

Ressalta-se a possibilidade de o magistrado recorrer a especialistas²³, como psicólogos e psiquiatras, para analisar o depoimento da criança ou adolescente. Tal ferramenta ajuda o

²² BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 6 set. 2016

magistrado no difícil trabalho de valoração do depoimento do menor, com suas vontades e opiniões.

Chega-se à conclusão, portanto, que o magistrado pode sim utilizar o depoimento do menor de 16 anos no julgamento de ação de guarda. Isso porque o magistrado pode valorar o que foi exposto pelo menor na oitiva de acordo com sua percepção acerca dos fatos expostos e com base no desenvolvimento incompleto do menor. Ainda, de acordo com demais provas produzidas no processo, poderá o magistrado decidir a causa com base na vontade e opinião do menor.

Mas forçoso seria afirmar que o magistrado poderia julgar uma ação de guarda somente com base no depoimento do menor, pois tal depoimento pode ser maculado em razão do desenvolvimento mental e emocional incompleto da criança ou adolescente.

Portanto, ao magistrado incumbe o difícil trabalho de julgar as ações de guarda no melhor interesse do menor de idade, baseando-se em regras indeterminadas existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre valoração do depoimento do menor, e pouca discussão doutrinária sobre o tema.

CONCLUSÃO

Como visto, a prova testemunhal é de extrema importância nas ações de guarda, em razão da difícil produção probatória. Diante de tal fato, discutiu-se no presente trabalho sobre

²³BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 150. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2016
Art. 150 ECA. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

a oitiva de menores de 16, já que o CPC, em seu art. 447, inciso III, estabelece que os menores são incapazes e não podem ser testemunha.

Apesar de a legislação brasileira definir que menores de 16 anos não podem ser testemunha por serem incapazes, viu-se que não foi vedado, ao magistrado, realizar a oitiva desses – art. 447 parágrafo 4º do CPC. Isso tendo em vista que o Decreto 99710/90, em seu art. 12, explicitou o direito dos menores de serem ouvidos em qualquer processo que o afete, assim como o direito de terem sua vontade levada em consideração.

As crianças e adolescentes são ouvidas na qualidade de informantes, como estabelece o art. 447, parágrafo 5º do CPC. Isso quer dizer que os menores não prestam compromisso, não tendo o dever legal de dizer a verdade sobre os fatos exposto por si.

Com relação à valoração das informações prestadas pelo menor de idade, analisou-se o disposto no art. 447, parágrafo 5º do CPC, que defere ao juiz a valoração dos depoimentos dos menores. Chegou-se à conclusão de que, ao magistrado, caberá atribuir valor ao depoimento do menor de 16 anos, indicando se possui validade jurídica e se serve de base para uma decisão. Percebe-se, na interpretação de tal dispositivo legal, que a palavra do menor não perde automaticamente sua validade jurídica pelo simples fato de serem incapazes para testemunhar. Cabe ao magistrado estabelecer sua validade jurídica.

Para auxiliar os magistrados na oitiva dos menores de idade, facilitando a atribuição de validade jurídica aos depoimentos, viu-se que foram criados mecanismos de realização especial da oitiva do menor. Através do chamado ‘depoimento sem dano’, realizado em salas especiais existentes nos Tribunais de Justiça, com equipe interdisciplinar, é possível ao magistrado realizar uma oitiva segura para o menor, como também capaz de aumentar a probabilidade de o menor expor fatos relevantes ao processo e para a fundamentação da decisão da lide.

Contudo, tal mecanismo não existe em todos os lugares do país, nem pode ser utilizado em todos os casos. Nestas hipóteses, deve o magistrado, ao realizar a oitiva do menor, levar em conta sua idade e maturidade, além dos princípios previstos no ECA, como o princípio da proteção integral do menor e da prevalência do melhor interesse.

Tendo o magistrado conduzido de forma especial a oitiva do menor, seja em salas especiais, ou simplesmente levando em consideração, na audiência de instrução e julgamento, as peculiaridades do menor, resta ao mesmo utilizar, ou não, tal depoimento na fundamentação de sua decisão. Aqui reside o desafio do magistrado. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu critério subjetivo para valoração das provas, adotando o sistema do livre convencimento motivado do juiz, e foi possível observar que a lei não estabelece como devem ser usadas as informações prestadas pela criança ou adolescente.

Concluiu-se que resta ao magistrado o difícil trabalho de livremente valorar o depoimento do menor, desde que fundamente tal ato, já que a lei permite o uso da palavra do menor, quando necessário para resolução de qualquer lide, em especial nas ações de guarda. Poderá o magistrado decidir uma ação de guarda com base na palavra do menor. Mas desde que esteja de acordo com o melhor interesse da criança ou adolescente.

Assim, conclui-se, pois, que, ao magistrado, é facultado o poder de utilizar a palavra do menor em suas decisões, levando em conta as opiniões e vontades do menor, como estabelece a lei, mas sempre ponderando tal direito com o princípio do melhor interesse do menor.

REFERENCIAS

BEUTLER JÚNIOR, Breno; CEZAR, Jose Antonio Daltoé. *Cartilha Depoimento sem dano*. Porto Alegre: Departamento de artes gráficas – TJRGS, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

_____. Código Civil de 2002. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 mar. 2016

_____. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2016

_____. Decreto 999710/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 set. 2016

CAMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FUX, Luiz. *Novo CPC comparado: Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.