

JOÃO PAULO DE ANDRADE FERREIRA

**AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS SITUAÇÕES
JURÍDICAS EXISTENCIAIS**

Dissertação de Mestrado

Professora Doutora Daisy Gogliano

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2022

JOÃO PAULO DE ANDRADE FERREIRA

**AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS
EXISTENCIAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Civil, sob orientação da Professora Doutora Daisy Gogliano.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2022**

Catálogo na Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ferreira, João Paulo de Andrade

Autonomia da criança e do adolescente nas situações jurídicas existenciais / João Paulo de Andrade Ferreira. -- São Paulo, 2022.
112 p. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
Orientadora: Daisy Gogliano.

1. Criança e adolescente. 2. Vulnerabilidade. 3. Autonomia progressiva.
4. Situação jurídica existencial. 5. Incapacidade. I. Gogliano, Daisy, orient.
II. Título.

Nome: Ferreira, João Paulo de Andrade

Título: *Autonomia da criança e do adolescente nas situações jurídicas existenciais.*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Area de concentração: Direito Civil.

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

FERREIRA, João Paulo de Andrade. *Autonomia da criança e do adolescente nas situações jurídicas existenciais*. 2022. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Em uma sociedade plural, todos são reconhecidos pela ordem jurídica como iguais em direitos e dignidade. Com a criança e o adolescente não é diferente, são também iguais em direitos, assim como todo cidadão. Há, no entanto, uma distinção de tratamento jurídico que lhes é conferido em razão de sua vulnerabilidade, a qual justifica uma diferenciada proteção em relação às demais pessoas e também certa dependência na condução de suas vidas confiadas a terceiros: os pais, tutor ou guardião. Essa vulnerabilidade, no entanto, não se encerra automaticamente quando a pessoa chega à maioridade, de igual modo que sua autonomia também não é automática, pois ambas são condições coexistentes inerentes ao ser humano, independentemente da idade. A autonomia progressiva, como meio de viabilizar essa gradativa diminuição da vulnerabilidade e aquisição de autonomia, apresenta-se como o princípio autorizador de que algumas escolhas e decisões sejam adotadas pela própria criança ou adolescente, ainda que considerados incapazes pela lei civil, haja vista a necessidade de diferenciação entre as situações jurídicas conforme nelas prevaleça o caráter patrimonial ou existencial. Isso permite à criança e ao adolescente o protagonismo nas decisões lhes diga respeito, atuando como verdadeiros sujeitos de direito, e não apenas como objeto de proteção jurídica, além de se afastar da relação com seus pais, guardiões ou tutores, que deve se pautar pela responsabilidade e pelo afeto, um caráter de dominação sobre uma pessoa que é igual em direitos e dignidade. O objetivo deste trabalho é a investigação de como compatibilizar a vulnerabilidade especial da criança e do adolescente com sua autonomia progressiva, quando diante de situações jurídicas existenciais, apartando-se o sistema das incapacidades, o qual continua como instrumento valioso para a proteção do incapaz na esfera patrimonial.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Vulnerabilidade. Autonomia progressiva. Situação jurídica existencial. Incapacidade

ABSTRACT

FERREIRA, João Paulo de Andrade. *Autonomy of children and adolescents in existential legal situations*. 2022. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

In a diverse society, everyone must be recognized by the law equally in regards to their rights and dignity, and that is not different with children and adolescents. Nonetheless, there is a difference in the legal approach given to them due to their vulnerability, which justifies a differentiated protection in relation to other people as well as a dependence on the conduct of their lives entrusted to third parties such as their parents, guardian or tutor. Not only does this vulnerability not end automatically when the individual reaches the legal age to be legally held accountable for their acts, but their autonomy is not automatically granted either, these two being coexisting conditions inherent to human beings, irrespective of their age. Thus, gradual autonomy is a way to reach this gradual decrease in vulnerability and acquisition of autonomy. In addition to that, it also presents itself as the authorizing principle that certain choices and decisions are adopted by the child or adolescent. This happens even if considered incapable by civil law, given the need for differentiation in legal situations according to whether the patrimonial or existential features prevail, allowing children and adolescents to play a leading role in decisions that concern them. They can then act as chief subjects of law and not just as subjects of legal guardianship - which must be guided by responsibility - in addition to distancing themselves from the relationship with their parents, guardians or tutors. The aim of this work is to investigate how to strike a balance between the vulnerability of children and adolescents with their progressive autonomy when faced with existential legal situations, distancing themselves from the disability system, on the grounds that this continues as a valuable instrument for the protection of the incapable in the patrimonial field.

Keywords: *Children and adolescents. Vulnerability. Gradual autonomy. Existential legal situations. Disability.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DA COMPLETA INEXISTÊNCIA AO RECONHECIMENTO COMO SUJEITOS DE DIREITO	11
2.1 A ideia de infância e de adolescência	11
2.2 A criança e o adolescente como sujeitos de direito	17
2.3 O Princípio da Autonomia Progressiva	22
2.4 Autoridade parental: funcionalidade e limites	30
3 AUTONOMIA, VULNERABILIDADE E CAPACIDADE	33
3.1 Vulnerabilidade e autonomia: condições humanas coexistentes	34
3.2 Autonomia e capacidade civil	39
3.3 O sistema das incapacidades: entre a proteção e a negação da autonomia de crianças e adolescentes	43
3.4 Capacidade natural e capacidade de discernimento	46
3.5 A autonomia e a situação jurídica existencial	51
4 EXERCÍCIO DA AUTONOMIA POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS	57
4.1 O estágio de desenvolvimento e a presunção de discernimento	57
4.2 A autodeterminação dinâmica e a valorização da autonomia da criança e do adolescente	64
4.3 Prevenção de danos. Quanto ao tempo da decisão e a ponderação de riscos e benefícios.	67
4.4 Aplicação da autonomia da criança e do adolescente no exercício de direitos da personalidade.....	72
4.4.1 <i>Autonomia corporal e questões relacionadas à saúde</i>	73
4.4.2 <i>Alteração do nome vexatório e conflito de interesses entre pais e filhos</i>	88
4.5 Participação processual e acesso à justiça	93
5 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

Trata-se o presente trabalho da investigação do exercício dos direitos pessoais de forma direta por crianças e adolescentes no âmbito das situações jurídicas existenciais.

O problema proposto consiste na investigação e identificação de uma autonomia conferida à criança e ao adolescente quando diante de situações em que se esteja a decidir acerca de direitos relacionados à esfera existencial e, portanto, de caráter personalíssimo.

A hipótese levantada relaciona-se à possibilidade de se atribuírem validade e predominância à decisão tomada pela criança e pelo adolescente em situações que envolvam seus direitos de cunho existencial, em respeito à sua individualidade e ao poder de decidir sobre seu projeto de vida. As decisões da criança e do adolescente, obviamente, podem ser elididas caso seu responsável demonstre o malefício da referida decisão, mas com base exclusivamente no dever de cuidado e pautado pelo melhor interesse, e não pela presunção de falta de discernimento. Em outras palavras, busca-se uma alteração no paradigma dos institutos da representação e da tutela quando diante de situações existenciais, de modo a conferir valor ao ato volitivo da criança e do adolescente, somente afastado diante da prova de prejuízo ao próprio titular.

Portanto, as principais perguntas-problema podem ser assim formuladas: diante de uma situação que reclame uma decisão relativa aos direitos personalíssimos de caráter existencial do titular, dependerá este de representação, assistência ou mesmo de autorização para seu exercício? Diante de uma situação jurídica que envolva direitos personalíssimos de caráter existencial da criança e do adolescente, têm estes como válida sua vontade ou serão sempre necessárias a intervenção, a assistência, a representação, ou a autorização de seu representante, ou tutor?

De tais indagações surgem ainda as seguintes:

Tem o responsável, representante, tutor ou curador o poder de decidir em nome da criança e do adolescente em face de uma situação existencial? Poderá ser tolhido da criança ou adolescente o exercício de seus direitos em situações existenciais ao argumento de que lhes falta maturidade ou discernimento com base puramente em critério objetivo (etário)? Equiparam-se os atos praticados no exercício dos direitos patrimoniais aos praticados no exercício de direitos existenciais?

Para responder a essas perguntas, iniciamos tratando da própria noção de infância e adolescência como fator histórico do reconhecimento de tais fases da vida com características peculiares, antes não conhecidas até passado recente.

Posteriormente, passaremos a analisar como foram tratados as crianças e os adolescentes quando já conhecidas suas peculiaridades decorrentes da pouca idade, primeiro, na civilização ocidental, como propriedade do *pater*, passando depois a ser entendida como objeto de proteção jurídica até chegar a seu reconhecimento como verdadeiros sujeitos de direito.

Daí analisaremos o princípio da autonomia progressiva e a mudança de entendimento acerca das funções parentais, antes entendida como poder sobre os filhos e agora como um *mínus* funcionalizado ao cuidado, criação e educação, para apontar os limites da autoridade parental consubstanciados no melhor interesse e na dignidade da criança e do adolescente.

Seguindo, procuraremos apresentar a coincidência da autonomia e da vulnerabilidade na pessoa, não sendo um excludente do outro, sendo possível que a pessoa, ainda que vulnerável, seja considerada autônoma.

Em uma comparação entre os conceitos de autonomia e de capacidade civil, apresentaremos uma necessidade de verificação de seus campos de aplicação, tendo em vista relacionarem-se um ao das situações jurídicas existenciais e o outro às patrimoniais, não havendo, portanto, incompatibilidade sistêmica entre ambos, senão prática.

A seguir, argumentaremos a respeito da insuficiência do sistema das incapacidades para soluções jurídicas na esfera dos direitos existenciais, cuja aplicação pode se afastar de seu caráter protetivo e passar a prejudicar o interessado.

Após discorrer sobre a capacidade natural e de discernimento, cuja presença deve ser verificada nas situações jurídicas existenciais, passaremos a apresentar uma tentativa de solução do problema por meio de comparação com normas estrangeiras e com base em outro ramo da ciência, a saber, a neuropsicologia, ao identificar os estágios de desenvolvimento mental da pessoa de modo a possibilitar uma presunção de discernimento a partir de determinada etapa de desenvolvimento. Ainda, na falta de tal presunção, procuraremos demonstrar, em efetividade e respeito à autonomia progressiva da criança, a possibilidade de respeito à individualidade da criança ou adolescente mediante sua participação nas decisões de seu interesse com a autodeterminação dinâmica.

Em situações de conflito, buscaremos demonstrar a necessidade de análise quanto ao tempo da decisão, sua reversibilidade e adiababilidade, visando a prevenção ou a eliminação de danos.

Colocadas essas bases, tentaremos demonstrar, por meio exemplificativo concreto, a possibilidade de exercício da autonomia progressiva por crianças e adolescentes

no campo dos direitos de personalidade, e, para tanto, escolhemos o direito ao próprio corpo e à saúde e o direito à alteração do nome vexatório.

Por fim, diante do problema da defesa dos direitos em situações jurídicas existenciais pela barreira da idade necessária para a busca da tutela jurisdicional, buscaremos apresentar uma interpretação do direito ao acesso à justiça por crianças e adolescentes, ainda que desassistidos de seus responsáveis.

A pesquisa se baseou na literatura jurídica contemporânea e na procura de bases conceituais de outras áreas do conhecimento, como a psicologia e a sociologia.

2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: DA COMPLETA INEXISTÊNCIA AO RECONHECIMENTO COMO SUJEITOS DE DIREITO

O estudo sobre a autonomia da criança e do adolescente em algumas situações, em especial as de caráter existencial, não poderia iniciar sem tratarmos da própria criança e do adolescente e, ainda que sucintamente, da ideia de infância e adolescência, com o que concluiremos que, se hoje está em voga tal temática, nem sempre assim o foi por uma razão: a criança e o adolescente nem sequer existiam.

Até que fossem reconhecidos como sujeitos de direito, adultos e crianças eram quase que classificados entre pessoa e “quase pessoa”, em que a criança ocupava esse último *status*.

Assim, falar em autonomia da criança e do adolescente implica analisar, antes de tudo, o processo histórico pelo qual, de um completo desconhecimento, a criança e o adolescente passaram a receber tutela jurídica como sujeitos de direito, e porque, estando sob a autoridade parental, entende-se que são pessoas dotadas também de autonomia, mesmo que progressiva.

Portanto, propomos iniciar o estudo pelo momento em que se verifica já entendida uma ideia de infância e adolescência.

2.1 A ideia de infância e de adolescência

Há muito o ser humano divide a vida em etapas; em Cícero¹, vemo-la dividida em ao menos duas: a juventude e a velhice; mais tarde, Censorinus traz um relato de como as etapas da vida foram divididas por idades em diversas concepções². Aqui mencionaremos apenas a divisão de Varro pela qual o ser humano passava por cinco estágios na vida: *puer* (até os 15 anos); *adulescens* (até os 30 anos); *iuuenis* (até os 45 anos); *senior* (até os 60 anos); e *senex* (após os 60 anos).

¹ CICERO, Marcus Tullius. *Ethical writings of Cicero: De Officiis, De Senectute, De Amicitia, and Scipio's Dream*. Trad. Andrew O. Peabody: Boston: Little, Brown, and Company, 1887. p. 233-308. *E-book*.

² Censorinus relata que Varro as dividiu em cinco, Hipócrates as distribuiu em sete e Sólon em dez; Staseas, o peripatético, adicionou duas às de Sólon. (CENSORINUS. [*Censorini*] *De die natali liber*. Trad. Hulsch Friedrich Otto. Lipsiae: Teubner, 1867. p. 24. [Séries Bibliotheca scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana.]).

Na Idade Média, encontramos também estudos a respeito das idades do ser humano. Ariès menciona o livro VI do *Le grand propriétaire de toutes choses*³, que é dedicado às idades, mas, em verdade, o livro trata da jornada da vida do ser humano, de sua concepção, nascimento e, também, da morte, e a alusão à divisão por idades faz parte apenas do capítulo I. Neste, pelo que narra Ariès, a idade numérica é mera referência aproximada às fases marcadas por transformações e desenvolvimentos corporais naturais, como o aparecimento dos dentes, a capacidade de procriação e a força física.

Atualmente, a vida também é categorizada desde a infância até a terceira idade (fala-se até mesmo em quarta idade), e, em uma sociedade que ainda perpetua relações de poder e dominação⁴, o que se encontra na fase adulta se coloca como dominante e, portanto, exerce poder sobre aqueles que estão nas duas extremidades da linha da vida, a saber as crianças e os adolescentes e os idosos.

Não por acaso o adulto se coloca na sociedade, por vezes, no papel de guardião e protetor dos vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência), os quais, por ironia, estão nessa posição de vulnerabilidade justamente porque também o adulto em certas situações pode se comportar como o próprio vilão.

Chegar a esse reconhecimento de estado de vulnerabilidade (que não se confunde com falta de autonomia, como veremos mais adiante) é o resultado de uma série de fatores da história recente, em que começa por se descobrir o próprio sentido de infância e do que é ser criança e de adolescência e quem é o adolescente.

³ “*Le grand propriétaire de toutes choses* é uma enciclopédia de todos os conhecimentos profanos e sacros, uma espécie de Grand-Larousse, mas que teria uma concepção não analítica e traduziria a unidade essencial da natureza e de Deus. Uma física, uma metafísica, uma história natural, uma fisiologia e uma anatomia humanas, um tratado de medicina e de higiene, uma astronomia e ao mesmo tempo uma teologia” (ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2018. p. 5).

⁴ “As relações de poder existem entre um homem e uma mulher, entre aquele que sabe e aquele que não sabe, entre os pais e as crianças, na família. Na sociedade, há milhares e milhares de relações de poder, e, por conseguinte, relações de forças de pequenos enfrentamentos, microlutas, de algum modo. Se é verdade que essas pequenas relações de poder são com frequência comandadas, induzidas do alto pelos grandes poderes de Estado ou de grandes dominações de classe, é preciso ainda dizer que, em sentido inverso, uma dominação de classe ou uma estrutura de Estado só podem bem funcionar se há, na base, essas pequenas relações de poder. O que seria o poder de Estado, aquele que impõe, por exemplo, o serviço militar, se não houvesse, em torno de cada indivíduo um feixe de relações de poder que o liga a seus pais, a seu patrão, a seu professor – àquele que sabe, àquele que lhe enfiou na cabeça tal ou tal ideia?” (FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Tradução Vera Lucia Avellar Ribeiro, organização e seleção de textos Manoel Barros da Mota. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos escritos, 4)).

Infância e adolescência são conceitos sociais inventados para designarem duas das primeiras fases da vida do ser humano⁵, e a criança e o adolescente são respectivamente os sujeitos que se encontram nessas etapas da vida⁶.

A compreensão que temos de tais conceitos, no entanto, é bem recente, por isso é possível dizer que não havia crianças na Idade Média⁷, ou melhor, o sentido de infância como entendemos hoje (e que se encontra ainda em elaboração) não era conhecido e sua ideia não havia se desenvolvido.

Isso porque até aproximadamente o século XVI a criança era vista como um adulto em miniatura e estava sempre presente, misturada aos adultos; mesmo em locais e ocasiões que hoje consideramos impróprios para as crianças ali estavam elas, pois, uma vez que já pudessem caminhar e falar, ingressavam na sociedade dos adultos. De fato, o mundo não era feito para a criança, não havia lugar para ela, que assim acabava por ocupar o mesmo espaço que os adultos.

Por essa razão, por muito tempo, uma pessoa não se surpreenderia em ver uma criança em uma taverna misturada aos adultos⁸, e não lhe causaria estranhamento deparar-se com um jovem recém-saído da infância – que hoje chamamos adolescente – a empunhar uma arma em combate na guerra⁹.

Ariès relata que o fato de inexistir ainda a noção de infância não significava, no entanto, a ausência de afeto ou que não se reconhecesse a fragilidade da criança. O afeto, de fato, existia para com as crianças, mas a consciência das particularidades que a distinguem do adulto, que ele chama de sentimento de infância, não havia¹⁰.

A alta taxa de mortalidade infantil fazia com que não se considerasse a criança ainda muito pequena; a constante ameaça da perda de sua existência afastava o apego dos pais com relação a ela, a qual, se morresse, não merecia ser lembrada; a atenção era voltada aos tantos outros filhos sobreviventes.

⁵ Não desconhecemos os estágios de pré-infância e pré-adolescência, mas, para o que aqui nos importa, englobamo-las nas fases de infância e adolescência. Também não trataremos do estágio pré-natal, pois desnecessário neste trabalho adentrarmos no debate acerca da personalidade jurídica do nascituro.

⁶ FREITAS, Marcos Cezar de. *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2016. p. 10.

⁷ KARNAL, Leandro. Karnal: não existiam crianças antes do século XX. *Programa Careca de saber*. [S. l. : s. n.], 2016. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo canal Band Jornalismo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7muGDWakY90>. Acesso em: 8 de jun. 2020.

⁸ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2018. p. 158.

⁹ VENÂNCIO, Renato Pinto. Os aprendizes da guerra. In: DEL PRIORE Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2018. p. 192-209.

¹⁰ ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 99.

Logo, pouca ou nenhuma importância era atribuída à infância, sua efemeridade fazia com que não fosse digna de nota, como observa Ariès a partir da verificação do registro artístico, ou melhor, da ausência dele:

Ninguém pensava em conservar o retrato de uma criança que tivesse sobrevivido e se tornado adulta ou que tivesse morrido pequena. No primeiro caso, a infância era apenas uma fase sem importância, que não fazia sentido fixar na lembrança; no segundo, o da criança morta, não se considerava que essa coisinha desaparecida tão cedo fosse digna de lembrança: havia tantas crianças, cuja sobrevivência era tão problemática.¹¹

As famílias tinham muitos filhos, e, se algum sobrevivesse, era o que contava.

O longo caminho até a compreensão da infância inicia-se com a separação da criança do mundo adulto, e é orientada por um novo elemento que acompanhará a ideia de infância até os dias atuais: a preocupação com a educação.

Essa separação, segundo Ariès, inicia-se a partir de um movimento reformador dos costumes, fruto de uma corrente de certos juristas e religiosos que trouxe de volta uma preocupação com a educação¹², algo que estava presente no período helenístico, mas que se perdera na Idade Média, e, com essa preocupação, a institucionalização do ensino, antes meras salas de aula, e agora “instituição complexa, não apenas de ensino, mas de vigilância e enquadramento”¹³.

O sentimento da família com relação à criança veio pela propaganda de que os pais não eram meros multiplicadores da espécie humana, como diz o livro de Gênesis, mas eram responsáveis perante Deus pela alma de seus filhos¹⁴.

Nesse momento, já se compreendia certo sentido de inocência infantil, resultando “em uma dupla atitude moral com relação à infância: preservá-la da sujeira da vida, e especialmente da sexualidade tolerada – quando não aprovada – entre os adultos; e fortalecê-la, desenvolvendo o caráter e a razão”¹⁵. Assim, considerando que no ambiente escolar também se misturavam adultos e crianças, cujas classes separavam-se inicialmente por capacidades e depois por fases de conhecimento, passou-se a se preocupar com a divisão por idade, distinguindo-se as classes das crianças e dos adultos¹⁶.

Temos, portanto, pela retrospectiva histórica de Ariès, que, além de outros fatores, a reforma moral desenvolveu um senso de inocência infantil, o que trouxe a necessidade de

¹¹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2018. p. 21.

¹² *Ibid.*, p. 80.

¹³ *Ibid.*, p. 110.

¹⁴ *Ibid.*, p. 194.

¹⁵ *Ibid.*, p. 91.

¹⁶ *Ibid.*, p. 113-114.

separação entre adultos e crianças, encontrando na escola o meio de desenvolver na criança os valores morais que se pregavam.

Postman¹⁷ também vê na separação entre crianças e adultos algo que marca a compreensão da infância, mas nos permite uma conclusão de que essa separação se deu por uma necessidade social da época ao nos apresentar uma retrospectiva coincidente com a invenção da prensa tipográfica e a imprescindibilidade de alfabetização. Para ele, o maior acesso aos livros e à enorme quantidade de assuntos dos quais tratavam criou um novo adulto: o adulto letrado, e dividiu a sociedade em dois grupos: os que podiam ler e os que não podiam; a criança estava no segundo grupo.

Assim, se antes a criança passava a integrar o mundo adulto tão logo não mais necessitasse de atenção materna (em geral por volta dos 7 anos de idade), essa passagem, agora em um mundo de leitores, é marcada pelo acesso à leitura.

Aprender a ler passou a ser um pressuposto para se tornar adulto e, para tanto, as crianças deveriam ser enviadas à escola.

A essa interpretação histórica soma-se a de Wolff, para quem, em um contexto econômico que emerge da sociedade comercial e início da sociedade industrial, torna-se necessária a formação, fazendo da infância um período de preparação¹⁸.

A essa altura, contudo, ainda não se compreendiam as necessidades especiais da infância. Postman explica que a separação entre adultos e crianças ocorreu por uma utilidade social de instrução delas; a percepção de necessidades típicas da natureza própria da infância veio depois:

Crianças não foram separadas do resto da população por se acreditar que tivessem uma “natureza diferente e necessidades diferentes”. Acreditou-se que elas tivessem uma natureza diferente e necessidades diferentes porque elas foram separadas do resto da população. E foram separadas porque se tornou essencial em sua cultura que aprendessem a ler e escrever, e como ser o tipo de pessoa que uma cultura impressa requeria.¹⁹

Seja por proteger a inocência da criança, seja por uma necessidade social, o fato é que a preocupação pela educação fez separar o adulto da criança, criando o mundo infantil

¹⁷ POSTMAN, Neil. *The disappearance of childhood*. New York: Delacorte Press, 1982. *Passim*. E-book.

¹⁸ UNICEF: the future of childhood. Entrevistadora: Sarah Crowe. Entrevistado: Larry Wolff. 20 de dez. 2019. *Podcast*. Disponível em: <https://unicef.libsyn.com/larry-wolff-on-the-history-of-childhood>. Acesso em: 20 maio 2020.

¹⁹ “Children were not separated from the rest of the population because they were believed to have a ‘different nature and different needs.’ They were believed to have a different nature and needs because they had been separated from the rest of the population. And they were separated because it became essential in their culture that they learn how to read and write, and how to be the sort of people a print culture required” (POSTMAN, Neil. *Op. cit.*, p. 43, tradução nossa).

antes inexistente, e o ambiente escolar passa a ser, por excelência, o local destinado à infância.

O conceito de adolescência, por sua vez, embora tenha se consolidado somente no século XX, tem a mesma base que a descoberta do sentimento de infância.

Dessarte, se a ideia de infância começa a se formar apenas entre os séculos XVII e XVIII, a de adolescência é mais recente ainda e só se consolida no final do século XX²⁰. Ariès, ao discorrer sobre as idades da vida, diz que

[...] o primeiro adolescente moderno típico foi o Siegfried de Wagner: a música de Siegfried pela primeira vez exprimiu a mistura de pureza (provisória), de força física, de naturismo, de espontaneidade e de alegria de viver que faria do adolescente o herói do nosso século XX, o século da adolescência²¹.

Coutinho observa que a adolescência é um fato cultural e que seu conceito social se consolidou no século XX a partir do prolongamento da escolarização, quando a dependência com relação a família se prolonga. Depois de sair da infância, estendeu-se o período entre o início da puberdade e o casamento²².

Nos dias de hoje, o que se observa, segundo Renata Tomaz, é uma expansão da juventude, em que a infância é diminuída para se chegar à adolescência²³, na mesma linha do que expôs Ariès ao remontar ao fim da Segunda Guerra Mundial, quando o sentimento de juventude empurrou a infância para trás e a maturidade para frente²⁴.

Essas primeiras linhas nos permitem concluir que não é sem razão que ainda atualmente existam incertezas com relação à autonomia da criança e do adolescente e que a produção jurídica a respeito do tema ainda seja tão tímida e nova. Se considerarmos que os conceitos de infância e adolescência são tão recentes e que até pouco tempo não se entendiam essas fases da vida com suas particularidades, e, mais ainda, se voltarmos na história em torno do tema e verificarmos que a sociedade pouco se importava com as crianças e adolescentes ou os tratava como seres irracionais, é possível compreender por que somente na atualidade se fala em autonomia da criança e do adolescente e por que só recentemente lhes foram conferidos direitos próprios a suas peculiaridades.

²⁰ COUTINHO, Luciana Gageiro. *Adolescência e errância: destinos do laço social contemporâneo*. Rio de Janeiro: Nau: FAPERJ, 2009. p. 17.

²¹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2018. p. 14.

²² COUTINHO, Luciana Gageiro. *Op. cit.*, p. 49-53.

²³ TOMAZ, Renata. *Da negação da infância à invenção dos tweens: imperativos de autonomia na sociedade contemporânea*. Curitiba: Appris, 2019. p. 18.

²⁴ ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 14.

2.2 A criança e o adolescente como sujeitos de direito

Se observarmos as civilizações ocidentais antigas, veremos que em Atenas e em Roma o filho era considerado propriedade do pai, o qual poderia, se quisesse, vender o filho²⁵. O fato de que o filho permanecia sob a autoridade do *pater familias* até a morte deste – quando então a família se fracionava em tantas outras famílias quanto fosse o número de filhos, passando a ser eles mesmos um *pater familias*²⁶ – leva-nos à conclusão de que tal *status* não tinha a ver com a idade ou com o estágio da vida em que se encontrava, de modo que não se pode afirmar que era a criança ou o adolescente que era considerado como propriedade do pai, mas sim o filho, independentemente de sua idade.

Entre os romanos isso tinha a ver com o *status familiae*, que encontrava sua base na religião doméstica, de sorte que, se a natureza em um dado momento da vida trazia a liberação da dependência protetiva que tinha a criança em relação ao seu pai, a religião impunha essa submissão até a morte deste último²⁷, e não especificamente de seu próprio pai, que poderia também ser uma pessoa submissa à outra (ao pai, ao avô etc.), mas sim do *pater familias*.

Portanto, a questão da idade não era significativa para os romanos, mas o *status*. A incapacidade ou gradação da capacidade, tema que veremos em tópico específico, só era importante se a criança ou adolescente fosse *sui iuris*, pois o *alieni iuris* estava sempre sob o poder do *pater familias*²⁸ e era propriedade deste.

Na Idade Média, como vimos, a criança era vista como um adulto em miniatura e exercia funções na sociedade compatíveis com as de um adulto. Se nobre fosse, seria ela a conservar as propriedades da família, e, se pobre, adquiriria cedo um ofício. Assim, o caráter que se dava à criança era de utilidade.

Com a necessidade de educação, esse caráter de utilidade passa a ser prolongado para momento posterior à instrução, servindo a infância como um período de preparação. Um indicativo de que a criança já não era vista como propriedade do pai é a imposição da educação obrigatória²⁹, embora persistisse a utilidade da força de trabalho infantil.

²⁵ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 104.

²⁶ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 65.

²⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *Op. cit.*, p. 100.

²⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-Book*. p. 129. *E-book*.

²⁹ Já em 1496 identificamos na Escócia uma das primeiras leis relativas à educação obrigatória. O *education act* determinava que todos os barões e proprietários livres deveriam colocar seus filhos mais velhos na escola a partir dos 8 ou 9 anos de idade, e impunha uma penalidade de 20 libras àquele que não o fizesse. O objetivo era de que houvesse no reino pessoas suficientemente instruídas em latim e nas leis para que os auditores do

O cristianismo contribuiu para a humanização no tratamento dado às crianças³⁰, mas ainda assim não foi suficiente para afastar a criança do trabalho, nem do tratamento autoritário e com aplicação de castigos físicos e violentos, tudo em nome de apartá-la das más companhias, da depravação da embriaguez e da ociosidade. A criança carregava consigo o pecado original e competia aos pais o papel de guia moral³¹. Com a instituição dos colégios, aos mestres cabia estabelecer uma disciplina humilhante por meio de castigos corporais³².

Mal se começara a entender a infância como um período específico da vida e com peculiaridades próprias, a industrialização empurrou a criança para as fábricas e minas, misturando-a novamente aos adultos e subordinando sua natureza especial à sua utilidade como mão de obra barata³³.

Apesar de ainda permitir o trabalho infantil, no âmbito familiar a revolução francesa limitou o poder paterno com a ideia de que os filhos pertenciam à República antes de serem propriedade dos pais. Segundo Hunt³⁴, o próprio Napoleão teria insistido que “a lei tomasse a criança ao nascer, atendesse à sua educação, a preparasse para uma profissão, regulamentasse como e sob que condições poderia se casar, viajar, escolher um estado”.

No século XIX, a comunidade internacional passou a se preocupar com a proteção da criança e do adolescente e, no início do século XX, a Declaração de Genebra de 1924 tratou da necessidade de proteção especial às crianças.

Inaugurou-se, assim, uma nova era relacionada às crianças, na qual era preciso “salvá-las”, o que resultou em um engajamento estatal de agentes privados e religiosos para a intervenção nas famílias com o objetivo de proteção das crianças. Passou-se a entender que as crianças representavam um recurso humano que definiria o futuro³⁵, o que levou a uma reforma relacionada ao trabalho infantil e educação obrigatória. Aliás, a implementação de

rei não necessitassem ser chamados para solucionar as pequenas causas, especialmente as das pessoas pobres (UNIVERSIT OF St. ANDREWS. *Records of he parliaments of Scotland to 1707*. Disponível em: <https://www.rps.ac.uk/trans/A1496/6/4>. Acesso em: 21 jun. 2020).

³⁰ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2018. p. 25; LISBOA, Roberto Senise. O dano moral e os direitos da criança e do adolescente. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 118, p. 451-472, abr./jun. 1993.

³¹ JENKS, Chris. *Childhood*. New York: Routledge, 2005. p. 62-63.

³² ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 117.

³³ POSTMAN, Neil. *The disappearance of childhood*. New York: Delacorte Press, 1982. p. 55.

³⁴ HUNT, Lynn. Revolução Francesa e vida privada. In: PERROT, Michelle (org.). *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. Tradução Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 4. p. 31.

³⁵ HART, Stuart N. From property to person: historical perspective on children's rights. *American Psychologist*, v. 46, n. 1, p. 53, 1991.

normas que estabeleciam o ensino obrigatório foi um meio de combate aos altos índices de trabalho infantil na Europa e na América do Norte³⁶.

No Brasil, a educação primária só se tornaria obrigatória com a Constituição de 1934³⁷, o que não significa que as crianças tenham migrado do trabalho para a escola, pelo contrário, nas vilas operárias apenas famílias que tivessem filhos poderiam ser abrigadas, e, quanto mais filhos tivessem, melhor para cumprir a cota mínima. Por vezes, famílias levavam consigo outras crianças agregadas (filhos de parentes ou conhecidos) para que cumprissem o número mínimo de pessoas para o trabalho fabril ou para substituir um membro da família que estivesse doente com a finalidade de não perder a casa³⁸.

Em 1927, o Decreto 17.943-A, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores e por isso passou a ser conhecido como o primeiro código de menores, o “Código Mello Mattos”, já havia proibido o trabalho de menores de 12 anos, mas isso não coibiu que famílias adulterassem as idades de seus filhos, até mesmo com a conivência e facilitação das fábricas, para que crianças com menos de 12 anos pudessem trabalhar³⁹.

Esse código tratou da proteção da criança e do adolescente em diversos aspectos, como os casos de inabilitação ou suspensão do pátrio poder, das medidas aplicáveis aos menores infratores e de crimes contra crianças e adolescentes, tais como o abandono, a exploração com o fatigamento mental ou físico em decorrência de excesso de trabalho, entre outros. Nota-se ainda que, pelo Código de Menores de 1927, negar a prestação alimentar era considerado crime (art. 134), o que foi de fato um passo importante, uma vez que nessa ocasião as regras relativas à criança e adolescente concentravam-se na criminalidade juvenil, com a aplicação da doutrina do direito penal do menor, segundo a qual a imputabilidade penal se baseava no discernimento do jovem que houvesse cometido um ato criminoso⁴⁰.

O Código de Menores de 1979 deu início e foi orientado pela “doutrina do menor em situação irregular” e dispunha sobre a assistência, a proteção e a vigilância de menores que se encontrassem nessa situação. Foram elencadas seis situações de irregularidade do menor a autorizarem a aplicação das disposições do Código e que se acham em seu artigo 2.º, a saber: o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou

³⁶ CUNNINGHAM, Hugh. The decline of child labour: labour markets and family economies in Europe and North America since 1830. *Economic History Review*, Oxford, v. 53, n. 3, p. 409-428, Apr. 2000.

³⁷ Art. 150, parágrafo único, “a”.

³⁸ RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2018. p. 378.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

responsável e manifesta impossibilidade destes para provê-las; o menor vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; o menor em perigo moral, devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes e em casos de exploração em atividade contrária aos bons costumes; o menor privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; o menor com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; e, por fim, o autor de infração penal.

A doutrina de viés paternalista centrava-se no assistencialismo e na repressão⁴¹, e, assim como a Declaração de Genebra, via a criança e o adolescente não como detentores de direitos próprios, mas como objeto de proteção⁴², assistência e vigilância.

Nessa linha, de acordo com Aláez Corral⁴³, durante os séculos XVIII e XIX (e aqui incluímos também o início do século XX), normas com o propósito de proteger o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente criaram uma espécie de *status* jurídico do indivíduo considerado com uma “personalidade imperfeita”, o qual se traduz na menoridade. Assim, a menoridade vista como um *status*, e não como um período da existência da pessoa, justificava a submissão da criança e do adolescente ao pátrio poder, este concebido como o poder jurídico a ser exercido sobre o indivíduo de dignidade inferior, e não como função asseguradora do desenvolvimento da personalidade.

Com efeito, um *status* de “personalidade imperfeita” ou de “pessoa em potencial” faz do indivíduo não alguém titular de direitos subjetivos, mas “objeto” de proteção paterna e estatal, ou, quando muito, incapaz para exercer seus direitos por si mesmo⁴⁴.

O início do século XX foi profundamente marcado pelas duas grandes guerras, trazendo a urgente necessidade de garantia universal aos direitos individuais, os quais já haviam sido declarados por estatutos anteriores, como a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, resultado da Revolução Francesa. As atrocidades do fascismo levado a cabo ao extremo pelo regime nazista fizeram com que no mundo pós-guerra os direitos individuais fossem finalmente universalizados, com o que se comprometeram as nações por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

⁴¹ MICELI, Mariana Sant’Ana. Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 14, n. 20, p. 275-288, 2010.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Legislative history of the convention on the rights of child*. New York-Genebra, 2007. v. 1. p. 3.

⁴³ ALÁEZ CORRAL, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 33.

⁴⁴ *Ibid.*

A Declaração traz como elemento intrínseco inerente a todos os seres humanos a dignidade e preconiza a igualdade entre todos os membros da família humana, reconhecendo, ainda, a toda pessoa a capacidade para gozar os direitos e liberdades nela estabelecidos sem distinção alguma.

Esse é o ponto de partida para o reconhecimento de que crianças e adolescentes não são meros objetos de proteção, mas são eles mesmos sujeitos de direitos. Essa visão foi consolidada com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a qual em seu preâmbulo proclama que “a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades” nela enunciados.

Daí se percebe que os direitos e liberdades são exercidos por eles mesmas, elevadas a sujeitos de direito, e que a proteção que lhes é dispensada dá-se em razão de sua condição especial de imaturidade física e mental.

Em 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, em vigor a partir de 2 de setembro de 1990. No dia 24 do mesmo mês e ano, a convenção foi ratificada pelo Brasil.

A Convenção está norteada pelo melhor interesse da criança, princípio já adotado no Brasil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. Tanto a Convenção na esfera internacional quanto o Estatuto no âmbito interno brasileiro deixam clara a posição da criança e do adolescente como sujeitos de direito.

Essa mudança é uma das mais importantes, pois desloca a criança e o adolescente da posição de objeto, sobre o qual incide o direito, para a de sujeito que põe em exercício sua personalidade, assumindo o papel de agente na relação jurídica⁴⁵.

Desse modo, se como propriedade ou como objeto de direito sujeitavam-se à vontade alheia, agora, pautados pelo melhor interesse, a criança e o adolescente passam a ser protagonistas, verdadeiros agentes nas relações das quais fazem parte, com direito a expressar

⁴⁵ Neste ponto, é importante mencionar que ser sujeito de direito difere de ser pessoa, esta que traduz na possibilidade de assumir a posição de sujeito, como ensina Pontes de Miranda: “Ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja ‘direito’. Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia. [...] A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas, como um dos termos dela” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1. p. 153).

seu ponto de vista nos assuntos que a elas dizem respeito e de exercerem seus direitos ainda que orientados por seus pais ou responsáveis.

Por conseguinte, é importante observar que a relação que atualmente se identifica entre pais e filhos baseia-se no respeito à dignidade, constituindo a autoridade parental em um múnus exercido no interesse dos filhos. A velha *patria potestas*, cujos resquícios ainda puderam ser observados nas codificações oitocentistas – ainda que muito distante o conceito de pátrio poder que ainda permeava as legislações do século XIX como aquele exercido pelo *pater familias* romano –, aquela noção de poder sobre o outro cede lugar ao reconhecimento de igualdade em dignidade e ao cuidado decorrente da vulnerabilidade, do que se verifica uma noção atualizada da autoridade parental, expressão utilizada pela doutrina, pois ainda a lei utiliza o termo “poder familiar”⁴⁶.

Portanto, na atualidade, assume importância o debate acerca da autonomia no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, especialmente nas situações jurídicas existenciais quando sua vontade se choca com a de seus pais, detentores da autoridade parental, ou de quem seja por elas responsável, de modo que a incapacidade civil não se traduza em um obstáculo para o exercício da autonomia em questões relacionadas ao livre desenvolvimento da personalidade, ainda que se trate de pessoas em desenvolvimento.

2.3 O princípio da autonomia progressiva

Como vimos no tópico anterior, até que crianças e adolescentes fossem reconhecidos como sujeitos de direito longo caminho se percorreu. Assim, se em primeiro momento nem sequer era conhecida a infância como etapa real e particular da vida e se, mesmo depois de construído o conceito de infância, continuaram a criança e o adolescente a ser considerados praticamente como uma espécie de propriedade de seus pais – aquelas que os tinham, pois, se não os tivessem, eram tratadas como um “mal social”, noção refletida ainda no último século na expressão “menor em situação irregular” –, nos dias atuais, em que já desenvolvidos os princípios do melhor interesse e da proteção integral, mostra-se necessário

⁴⁶ Sobre a utilização atual do termo “autoridade parental”, Marcos Alves da Silva justifica não se tratar de refazimento de conceito ou mera inovação terminológica, mas que o termo “pátrio poder” estaria a expressar ideia de época passada, um “evidente anacronismo” nas palavras do autor (SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002. p. 55). Apenas a título comparativo, o Código Civil brasileiro, Capítulo V, e o Estatuto da Criança e do Adolescente fazem uso ainda do termo “poder familiar”; o mesmo ocorre com o Código Civil espanhol com a expressão “patria potestad” e o Código Civil português com o “poder paternal”; por sua vez, no Código Civil italiano, a expressão “potere dei genitore” deixou de existir com a Lei 151, de 19 de maio de 1975, referindo-se o atual Código à “responsabilità genitoriale”; na França, o Código Civil alude à “l'autorité parentale”; entre os latino-americanos, o Código Civil e Comercial da Nação Argentina faz menção à “responsabilidad parental”.

continuar avançando na compreensão de como crianças e adolescentes se relacionam com adultos e com o mundo e como o direito pode, de fato, proteger e atender a esse melhor interesse sem descuidar de que estamos a tratar de pessoas igualmente dignas e merecedoras de respeito, tanto quanto os adultos que para elas (a criança e o adolescente) legislam, que em seus interesses reclamam e julgam.

Assim, de um momento que Hart denominou de “a era para salvar as crianças”⁴⁷, do final do século XIX e início do século XX, é necessário entender como, na atualidade, o direito garante proteção aos menores de idade, cuidando para não cair em um paternalismo que não lhes permita viver de maneira saudável a etapa da infância e da adolescência em todos os seus aspectos (abrangendo aí a autodeterminação), o que poderá prejudicar sua vida futura. Não confundir proteção com “superproteção” na esfera das liberdades perpassa especialmente pelo estudo da autonomia, algo a que pouca importância se dá – ou mesmo nenhuma importância – em um modelo que concebe as pessoas menores de 18 anos como desprovidas de razão, discernimento, de vontade própria e, portanto, carecedoras de um cuidado que pode se mostrar, em algumas situações, aprisionador e autoritário, pois, como vimos, a linha histórica dos direitos da criança e do adolescente é permeada por uma concepção assistencialista e paternalista, fruto de uma visão adultocêntrica que relega a autonomia e o protagonismo da criança e do adolescente aos interesses dos adultos incumbidos de seus cuidados⁴⁸.

A ideia geral de autonomia da pessoa está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para Meireles, “o fundamento constitucional da autonomia privada nas situações jurídicas subjetivas existenciais se encontra na própria dignidade humana que tem como um dos seus postulados a liberdade no sentido positivo e negativo”⁴⁹⁻⁵⁰, e, assim, é

⁴⁷ HART, Stuart N. From property to person: historical perspective on children’s rights. *American Psychologist*, v. 46, n. 1, p. 53, 1991. p. 53.

⁴⁸ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée de; SILVA, Lucas Gerônimo Ribeiro da. As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais. In: VIEIRA, Marcelo de Melo; RIGHETTI Paulo Tadeu (org.). *Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2017. p. 79-111.

⁴⁹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 106.

⁵⁰ Sobre a liberdade em seu sentido negativo e positivo, explica Daniel Sarmento que o primeiro corresponde ao direito a abstenção à ação do agente, é a liberdade geralmente vista como o dever do Estado de não interferir na esfera das liberdades individuais. Essa seria a concepção adotada em maioria por liberais-conservadores que veem o Estado como inimigo dos direitos humanos e que por isso seria a visão mais voltada à limitação ao arbítrio estatal. No sentido positivo, a liberdade seria considerada a “capacidade real do agente de autodeterminar sua conduta”. Essa capacidade real seria proporcionada mediante condições que possibilitem o exercício da autonomia individual; é, aliás, a liberdade antes pressuposta por essas condições, tanto materiais quanto culturais, asseguradas pelo Estado (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 151-159). Robert Alexy chama de “liberdade fática” a

possível afirmar que restringir o exercício da autonomia de uma pessoa sem justificativa implica negar ou contrariar sua dignidade como pessoa humana.

Sendo pessoas e, portanto, dotados de dignidade tanto quanto os adultos, a criança e o adolescente também gozam de liberdade e autonomia, conforme diz Dallari:

[...] é erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano. É preciso reconhecer e não esquecer em momento algum que, pelo simples fato de existir, a criança já é uma pessoa e por essa razão merecedora do respeito que é devido exatamente na mesma medida a todas as pessoas.⁵¹

Nessa mesma linha, expõe Cillero Bruñol⁵² que a criança não é um ser “menos adulto” nem é a infância uma etapa de preparação para a vida adulta, a infância é uma época de desenvolvimento efetivo e progressivo da autonomia pessoal, social e jurídica.

Progressiva é a palavra que adjetiva a autonomia da criança e do adolescente, pois obedece a uma gradação da própria natureza, é uma autonomia que vai se desenvolvendo na medida em que a pessoa adquire certas competências e habilidades. Sua base jurídica encontra-se no artigo 5.º da Convenção dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto Legislativo 99.710, de 21 de novembro de 1990⁵³.

Diferentemente da capacidade de fato, a autonomia não estabelece critérios fixos etários, mas acompanha o gradual desenvolvimento da pessoa, de acordo com os valores externados pela Convenção em um modelo que “[...] não define a criança por suas necessidades ou carências, pelo que lhes falta para ser adultos ou o que impede seu desenvolvimento. Pelo contrário, a criança se considera e define segundo seus atributos e direitos ante o Estado, a família e a sociedade”⁵⁴.

liberdade vista em seu sentido positivo e expõe que a liberdade formal (negativa) sem as condições mínimas para seu exercício é fórmula vazia, uma vez que em situação de necessidade (material e intelectual) as liberdades jurídicas de nada servem para o indivíduo (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 503-506).

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. São Paulo: Summus, 1986. p. 21.

⁵² CILLERO BRUÑOL, Miguel. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Arquivo original em Organización de Estados Americanos. Disponível em: <http://educacioninicial.mx/wp-content/uploads/2017/11/A001.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁵³ Os Estados-Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

⁵⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Op. cit.*, Tradução livre do original: “[...] no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad”.

Em texto que examina a tensão entre os direitos de liberdade e de proteção contidos na Convenção, Rosemberg e Mariano⁵⁵ citam algumas linhas de argumentação crítica à atribuição de liberdade e, portanto, de autonomia à criança e ao adolescente e, *grosso modo*, as críticas têm como argumento principal a ideia de que a proteção se contrapõe à de autonomia, uma vez que, sendo livres, à criança e ao adolescente seriam imputadas responsabilidades por seus atos, o que seria incompatível com o direito de ser criança, e que os direitos de proteção seriam devidos em razão da especificidade de ser criança.

Freeman expõe que é comum o argumento de que crianças e adolescentes são diferentes dos adultos, também de que são vulneráveis e possuem capacidades e habilidades ainda não desenvolvidas e que, por essa razão, precisam de proteção. Nesse sentido, argumenta que a distinção existente entre adultos e crianças não é motivo para tratá-las diferentemente quando se cuida de direitos e de autonomia, e defende que, para que sejam tratadas de forma diferente, seria necessária a efetiva justificação⁵⁶.

Acerca do tema, a conclusão de Rosemberg e Mariano⁵⁷ é de que o debate entre proteção e autonomia, quando relacionado à criança e ao adolescente, deve considerar a diferença entre a vulnerabilidade, que é própria da etapa da vida, e a vulnerabilidade estrutural, decorrente da posição socialmente subordinada de infância, ou seja, há de pensar sobre como as crianças e adolescentes participam da vida pública, uma vez que as instituições a elas referentes são constituídas por uma visão adultocêntrica (nisto se inclui o direito à autonomia). Assim, para que se possa falar de fato em uma autonomia ou liberdade de crianças e adolescentes, é necessária uma análise consistente das relações de dominação, incluindo a etária, sob pena de ampliação do poder do adulto sobre as crianças e adolescentes.

Nesse aspecto, novamente temos como importante a análise de Freeman, de que a resistência em reconhecer a autonomia às crianças e adolescentes decorre de uma posição de poder dos adultos com relação à criança e ao adolescente, uma vez que em uma relação de dominação a tomada de decisões se tornaria mais rápida, mais barata e eficiente⁵⁸. De fato,

⁵⁵ ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, [São Paulo?], v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁵⁶ Essa justificação, veremos adiante, é encontrada na vulnerabilidade, condição que não é exclusiva de crianças e adolescentes, mas da qual também os adultos compartilham. Por ora, porém, concentremo-nos na autonomia da criança e do adolescente.

⁵⁷ ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. *Op. cit.*, p. 693-728.

⁵⁸ FREEMAN, Michael. Why it remains important to take children's right seriously. *The International Journal of Children's Rights*, Boston, v. 15, n. 1, p. 5-23, 2007.

parece ser mais fácil decidir pelo outro, quando este outro não pode questionar, quando não é ouvido ou quando não participa.

No âmbito jurídico interno, o Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a linha da Convenção, prevê a autonomia da criança e do adolescente. Diz o artigo 17:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Assim dispondo, o Estatuto pressupõe a autonomia da criança e do adolescente, estabelecendo um comando à família, à sociedade e ao Estado, de que em todas as decisões relacionadas à criança e ao adolescente deverá ser preservada, sempre que possível, sua autonomia.

A respeito desse dispositivo do Estatuto, Elias vincula a preservação da autonomia à autoridade parental ao expor que “a preservação da autonomia há de ser entendida com restrições, uma vez que a criança e o adolescente estão sujeitos ao poder familiar ou a outro similar (como a tutela) e, por força disso, não podem ter plena autonomia”⁵⁹.

Ao comentar o artigo 17, Nucci⁶⁰ alude que a maioria da doutrina simplesmente ignora seu conteúdo ou repete seu texto. Essa afirmação não surpreende pois, como já observado, a visão adultocêntrica, ainda muito arraigada à sujeição de crianças e adolescentes a seus pais ou responsáveis, faz com que se deixe de lado sua participação em questões que lhes dizem respeito, nega-se a autonomia e exige-se obediência às decisões dos adultos. Nessas situações, o caminho mais fácil é simplesmente fazer remissão às regras da incapacidade do Código Civil e deixar de aplicar o comando do Estatuto ao caso concreto. Infelizmente, apesar da crítica à doutrina, Nucci tece longo comentário sobre o dispositivo, mas também deixa de tratar da autonomia progressiva.

Poucas ainda são as situações em que a legislação prevê, de maneira expressa, em respeito à autonomia progressiva, a participação da criança e do adolescente nas situações que são de seu interesse. Talvez o exemplo mais significativo de atos de autonomia da criança e do adolescente no ordenamento jurídico interno seja a previsão da necessidade de

⁵⁹ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 63.

consentimento do adolescente, nos casos de colocação em família substituta ou de adoção, e, quanto à criança, a recomendação de que se faça sua oitiva e se considere sua opinião.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1.º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2.º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

Art. 45. [...]

§ 2.º Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Ao colocar como necessário o consentimento do adotando, o Estatuto promove a autonomia do adolescente, e, mesmo quando dispõe que a opinião da criança ou do adolescente será considerada, está implícito o princípio da autonomia progressiva. Note-se que o artigo 28, § 1.º, faz menção ao estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida de acolhimento em família substituta, o que revela a adoção da capacidade de discernimento, critério subjetivo que considera a criança e o adolescente de forma individualizada, e não um padrão homogêneo e fixo, como é a idade.

No que concerne à oitiva da criança quando da colocação em família substituta e da consideração de sua opinião pelo juiz, parece não haver divergência na doutrina, que reputa ser o melhor caminho para uma decisão adequada, especialmente diante da necessidade imposta pela norma, a oitiva ser realizada por equipe interprofissional, devendo a previsão ser estendida aos casos de adoção, embora a lei nada diga acerca da oitiva da criança no processo.

A divergência surge com relação ao adolescente, tanto quando se trata de colocação em família substituta quanto ao se cuidar de adoção, pois em ambos os casos o Estatuto preconiza que o adolescente deve dar seu consentimento. Parte da doutrina entende que, mesmo considerando a vontade do adolescente, esta não é vinculativa, podendo o juiz, por vezes, contrariá-la se a colocação em família substituta, ou mesmo a adoção, revelar melhores vantagens ao adolescente⁶¹.

⁶¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Kindle, posição 7567. *E-book*; ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2010. Comentários aos artigos 28 e 45; PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 381; NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Comentários aos artigos 28 e 45.

Em sentido contrário, entende Zapater⁶² que o consentimento do adolescente para a colocação em família substituta é obrigatório, e com ela Rossato *et al.*⁶³ entendem que o consentimento do adolescente é determinante e vinculante, sendo obrigatório tanto para a colocação em família substituta quanto para a adoção. Os autores expõem que essa exigência do Estatuto estaria em consonância com o artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança, segundo o qual

[...] 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.

Dois posicionamentos se constatarem, exemplificados pelo dissenso acerca do consentimento do adolescente quando de sua colocação em família substituta, em que, de um lado, defende-se a proteção à criança e ao adolescente, entendendo que, como pessoas em desenvolvimento, ainda não possuem autonomia e maturidade suficientes para decidir acerca de questões complexas e importantes, e, de outro lado, colocam-se defensores de que, como sujeitos de direitos, crianças e adolescentes devem ter respeitadas sua autonomia e escolhas particulares.

A posição de Aoki⁶⁴ assemelha-se à teoria do menor maduro, uma vez que para ele a vontade da criança deve sempre ser considerada e que a decisão judicial que a contraria, na mesma linha do que defende Freeman, deve justificar o motivo da contrariedade. Com relação ao adolescente, Aoki expõe que seu consentimento é imprescindível, equiparando-o à manifestação de vontade de um adulto ou emancipado, e que, caso se oponha (à colocação em família substituta ou à adoção), o juiz deverá se atentar ao conteúdo da oposição: se pura e simples, sem fundamentação alguma, o juiz poderá suprir a vontade do adolescente, a exemplo do que faz no suprimento de consentimento dos pais que se opõem ao casamento de filhos menores, mas em idade núbil; contudo, se o adolescente fundamenta sua oposição, o juiz deverá vincular sua decisão à vontade manifestada pelo adolescente, pois, se assim não o fizer, estará a contrariar o artigo 17 do Estatuto.

Esta última, a nosso ver, é a que melhor atende aos princípios de proteção integral e de autonomia da criança e do adolescente, pois não ignora que o adolescente é pessoa em

⁶² ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 114.

⁶³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Comentários aos artigos 28 e 45.

⁶⁴ AOKI, Luiz Paulo Santos. Comentário ao artigo 28. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

desenvolvimento e, distanciando-se de um critério homogêneo, considera a pessoa em suas particularidades.

Apesar de uma aparente dicotomia que, de um lado, posicionam-se protecionistas e, de outro, autonomistas, no que diz respeito às decisões a serem adotadas por crianças e adolescentes, não se vislumbra entre os princípios da proteção integral e da autonomia progressiva uma contradição, pois autonomia e proteção não se excluem entre si, mas se complementam, sendo possível dar efetividade a uma sem descuidar da outra.

O princípio da proteção integral tem sua justificativa na vulnerabilidade de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento⁶⁵, pressupondo o termo “proteção um ser humano protegido por outros, basicamente um ser humano que tem necessidade de outro ser humano”⁶⁶. Entretanto, ser vulnerável não significa ausência de autonomia, pois ambas representam uma condição humana⁶⁷, como veremos mais adiante, e reconhecer que crianças e adolescentes são merecedores de especial e integral proteção dada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento não é o mesmo que dizer que sejam desprovidas de autonomia. Ser pessoa em desenvolvimento é o que orienta para uma aquisição progressiva da autonomia.

Isso porque o exercício da autonomia por crianças e adolescentes se dá mediante a orientação e direção daqueles que são seus responsáveis, como determina o artigo 5.º da Convenção⁶⁸. Em outras palavras, isso quer dizer que aquele que seja responsável pela criança ou pelo adolescente tem a responsabilidade de modificar os níveis de intervenção nas decisões tomadas pela criança ou pelo adolescente na medida em que estes adquirem maior capacidade para tomar decisões autônomas e compreensão do que constitui seu interesse superior⁶⁹.

⁶⁵ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 41; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 94.

⁶⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

⁶⁷ A autonomia, diz Ricoeur, é o apanágio do sujeito de direito, e que o ser humano, sendo autônomo por hipótese, deve tornar-se autônomo. Assim, pode-se concluir que, embora ao nascer já seja considerado dotado de autonomia, o sujeito de direito adquire de forma gradual a possibilidade de exercício dessa autonomia. RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 79.

⁶⁸ “Artigo 5. Os Estados-Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.”

⁶⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derecho. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, [Montevideo?], 2da época, v. 14, n. 18, p. 117-137, dic. 2018.

Nesse sentido, é possível afirmar que a autonomia progressiva se coaduna com o princípio da proteção integral e, mais do que isso, ambos os princípios se complementam na compreensão do que é ser pessoa em desenvolvimento.

2.4 Autoridade parental: funcionalidade e limites

Inicialmente, é importante destacar que adotamos neste trabalho a nomenclatura “autoridade parental” em razão de ser a mais utilizada pela doutrina brasileira, embora os textos normativos ainda usem a expressão “poder familiar” para designar o múnus do qual estão os pais incumbidos com relação aos filhos. Destacamos, contudo, a posição de Rosa Martins⁷⁰, com quem concordamos, no sentido de que a expressão “cuidado parental” é a mais adequada e expressa o conteúdo e função do que hoje chamamos de autoridade parental.

A autoridade parental é expressa como um regime de cuidados e proteção da pessoa dos filhos⁷¹, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁷².

Não nos alongaremos em detalhar como, do *patria potestas*, chegamos ao atual poder familiar, pois disso tratamos no item 2.2., bastando lembrar, para o que aqui nos interessa, que já não se fala em sujeição da pessoa do filho com relação ao pai, como nos tempos antigos, pelo contrário, a autoridade parental hoje, exercida pela mãe e pelo pai (afastada também da antiga distinção machista que o instituto fazia⁷³), traduz-se em um poder-dever funcionalizado ao interesse da criança e do adolescente.

Não se limitando somente aos deveres de sustento, guarda e educação e superando a simples perspectiva de poder e de dever, a autoridade parental passa a ter como “objetivo maior tutelar a sua personalidade [dos filhos] e, portanto, o exercício de seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito”⁷⁴.

Nesse contexto, de que a autoridade parental é exercida no interesse do filho, pode-se dizer que é limitada pelo melhor interesse da criança e do adolescente, o que significa que, sendo uma das funções da autoridade parental a promoção de uma autonomia pessoal, de

⁷⁰ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 225-227.

⁷¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 293.

⁷² RODRIGUES, Silvío. Comentário ao artigo 21. In: VERONESE, Josiane Rose Petry *et al.* (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 277.

⁷⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130.

juízo e independência⁷⁵ dos filhos, devem estes ter respeitadas suas escolhas pessoais e propostas pessoais quando demonstrado o discernimento necessário.

Obviamente, com a afirmação *supra* não estamos a tratar de escolhas relativas a meros caprichos ou arbitrárias por parte da criança e do adolescente, visto que decisões e escolhas típicas da autoridade parental no exercício das funções de cuidado e criação são exclusivas dos pais.

Assim, as escolhas do cotidiano, como a permissão para uma viagem, dormir na casa dos avós, visitar um amigo ou ir a uma festa, dizem respeito exclusivamente à função educativa dos pais que, dentro do bom senso e conhecendo intimamente seus filhos, saberão as melhores formas de conduzir tais questões do dia a dia. Nisto exercem os pais o dever de criação e educação (artigo 1.634 do Código Civil).

Essa condução dos atos cotidianos aponta, de fato, para o melhor interesse, quando dotada de preocupação ética e de afeto. A questão problemática está justamente quando o melhor interesse não é atingido, ao se negar à criança ou ao adolescente as escolhas que são fruto de sua autonomia, quando já atingido o discernimento necessário, e que se refiram a questões relevantes de sua personalidade, momento em que a função dos pais se desvirtua em autoritarismo não comportado pela ideia moderna de autoridade parental.

Ana Carolina Brochado Teixeira entende que o discernimento da criança ou do adolescente funciona como modulador e limitador da autoridade parental, de modo que a autoridade parental vai diminuindo à medida que o processo educacional se instaura de forma mais intensa na vida da criança ou do adolescente⁷⁶.

Temos, assim, que o poder familiar encontra limites na própria concepção de que crianças e adolescentes são igualmente sujeitos de direito, não podendo ter sua dignidade atingida por abusos no exercício da autoridade parental. É por essa razão, inclusive, que o abuso de autoridade é causa de suspensão da autoridade parental, e em hipóteses mais graves, como maus-tratos ou castigos físicos, são causas de destituição (artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil).

Essa questão do abuso na autoridade parental verifica-se também quando atos ou omissões por parte dos pais não se materializam fisicamente em forma de castigos ou maus-tratos, mas a educação exageradamente rigorosa também pode apresentar caráter de abuso,

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259; MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 183.

⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, Porto Alegre. *Anais* [...] Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/5.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

haja vista o abalo psicológico que pode causar. Para ilustrar essas situações sutis que levam ao abuso da autoridade parental, Marcos Alves da Silva⁷⁷ trata da autoridade patológica e lembra a obra de Kafka, cujo relato em “Carta ao pai” demonstra uma educação baseada na opressão e autoritarismo, uma relação de verdadeiro poder do pai e sujeição do filho, e indica que tais atos revelam o abuso da autoridade parental⁷⁸. Ao final, conclui que existem situações em que o abuso passa quase que imperceptível e que, por vezes, os atos ilegais, como o abuso de autoridade no exercício da autoridade parental, pode dar a falsa aparência de que está tudo bem, quando não está, e que para essas situações o Estatuto da Criança e do Adolescente oferece mecanismos de proteção norteados pelos princípios da dignidade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Inegável, pois, que o poder familiar, funcionalizado à promoção da autonomia e independência da criança e do adolescente, encontra limites na tutela da dignidade humana e no princípio do melhor interesse, não podendo, em hipótese alguma, servir o direito a justificar, com base na parentalidade, ações de abuso de autoridade.

⁷⁷ SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002. p. 109-126.

⁷⁸ Os efeitos de uma educação e criação autoritária recebida por Kafka em sua infância e adolescência seguiram-no por toda a vida, como lembra Max Brod. Kafka, inclusive, atribuiu o desenvolvimento de uma gagueira, como consequência dessa relação de dominação, em que era inferiorizado com relação ao seu pai (BROD, Max. Kafka: father and son. In: RUITENBEEK, Hendrik H. (org.). *The literary imagination: psychoanalysis and the genius of the writer*. Chicago: Quadrangle Books, 1965. p. 81-98).

3 AUTONOMIA, VULNERABILIDADE E CAPACIDADE

Como vimos, da completa inexistência da criança e do adolescente, estes foram alçados a sujeitos de direito, e, se no tocante à sua proteção efetiva muito ainda há por se implementar, no que diz respeito à efetividade da autonomia de tão jovens sujeitos de direito, especialmente em situações existenciais com repercussão no mundo jurídico, há também um longo caminho a se percorrer.

Como será exposto mais adiante, o sistema de incapacidades, tal como concebido, não faz qualquer distinção entre aquilo que faz parte da própria personalidade da pessoa e o que se refere ao patrimônio material, nem estabelece limites pelos quais a proteção pode transmutar-se em paternalismo elevado, de maneira que o efeito se converta em prejuízo à criança e ao adolescente, sobretudo no campo de seus direitos fundamentais e em sua personalidade.

Nesse sentido, não procuramos, tampouco é o escopo deste trabalho, criticar negativamente o sistema das incapacidades, haja vista que de fato possibilita, em certos aspectos, a proteção daqueles que ainda não têm maturidade suficiente para dirigir de forma plena a própria vida, mas sim demonstrar que em determinadas situações o próprio sistema é que não se mostra suficiente a seu objetivo protetivo, e que, a depender do direito em análise e das peculiaridades de seu titular, a autonomia para o exercício de direitos independe da capacidade de fato.

A privação ou a limitação da autonomia de crianças e adolescentes está relacionada a seu estágio de vida, no qual são submetidas aos cuidados de outrem, em regra, aos cuidados dos pais, como decorrência do que outrora já foi conhecido como um poder dos pais sobre os filhos e que hoje entendemos como autoridade parental⁷⁹, ou também daqueles a quem é atribuída a guarda do menor.

O cuidado à criança e ao adolescente, por sua vez, é originário de seu estado natural de vulnerabilidade, e é esta que justifica regras especiais de proteção e cuidado. No entanto, o simples estado de vulnerabilidade não é suficiente para afastar a autonomia daqueles que estão sob os cuidados de quem quer que seja, mesmo dos pais. Os deveres que decorrem da autoridade parental ou da guarda não se traduzem em substituição da vontade do incapaz, mas se referem a um dever maior, o de nutrir a pessoa com informação e

⁷⁹ Sobre a evolução dos conceitos desde a *patria potestas* em que se exercia direito de propriedade sobre os filhos, até a autoridade parental como hoje compreendida como derivada do dever de cuidado, assistência e educação, veja-se SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

conhecimento suficientes para a tomada de uma decisão esclarecida e dotada de segurança e autonomia, mesmo porque vulnerabilidade e autonomia não são excludentes entre si, e sim são atributos que coexistem como condição de qualquer ser humano.

Propomos, assim, entender os conceitos de vulnerabilidade e autonomia para que possamos melhor explorar o exercício de direitos existenciais pelo próprio vulnerável, independentemente da vontade de quem sobre ele exerce o cuidado decorrente do poder familiar ou da guarda.

3.1 Vulnerabilidade e autonomia: condições humanas coexistentes

Em uma sociedade plural, alguns grupos recebem do ordenamento jurídico um tratamento que deve estar de acordo com sua condição e necessidades. É o que ocorre com o consumidor, com a pessoa com deficiência, com o idoso, com a criança e com o adolescente. Esse tratamento dito diferenciado é justificado pelo estado de vulnerabilidade.

Sobre o conceito de vulnerabilidade encontramos que este faz remissão a um estado de fragilidade, de possibilidade de lesão. Segundo o dicionário de etimologia⁸⁰, o termo em língua portuguesa data do século XX, sendo uma adaptação do francês *vulnérabilité*, com origem no verbo latino *vulnērāre*, que significa ferir, melindrar, ofender. O vulnerável é, portanto, aquele que pode ser ferido⁸¹, e, sob esse aspecto, todos os seres vivos são vulneráveis.

Para Melkevik⁸², a vulnerabilidade deve ser adotada em um sentido em que revele uma condição humana no plano da existência dos indivíduos. Para ele, a vulnerabilidade (transmutação do termo “vulnerável”, o qual era utilizado inicialmente na antiga linguagem médica e fazia referência àquele que lutava contra feridas ou doenças físicas) não pode ser confundida com fraqueza, antes o termo apresenta uma situação ou posição em que se encontra um ser e que o torna mais frágil do que é normalmente ou que não deveria ser.

É a vulnerabilidade, ao mesmo tempo, uma circunstância em que se encontra o sujeito⁸³ e que o faz mais frágil diante dos demais, além de ser uma condição que acompanha todos nós até a morte⁸⁴.

⁸⁰ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2018. Posição 6125. *E-book*. Edição do Kindle.

⁸² MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. Tradução da língua francesa por Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez. 2017.

⁸³ Para Melkevik o indivíduo e o sujeito são apenas um, e não faz distinção entre eles.

É que a vulnerabilidade pode ser entendida em diferentes esferas. Melkevik⁸⁵ propõe que existem duas vulnerabilidades básicas: uma individual e outra relacional. A vulnerabilidade individual, ou, como ele prefere chamar, a vulnerabilidade do “eu”, concerne à necessidade de acolhida e guarda relação com a dependência que temos uns dos outros, desde os primeiros momentos de vida e daí por diante, em sentido material, psicológico, social etc. É uma vulnerabilidade própria que nos torna insuficientes de sobrevivência em determinados momentos da vida sem o auxílio de outros, como na infância, em que a criança depende de um adulto para lhe cuidar, alimentar e proteger. Por seu turno, a vulnerabilidade relacional, como diz o nome, é aquela decorrente da relação do sujeito com as demais pessoas, da relação do “eu” com os demais “eus”.

Da leitura de Melkevik é possível concluir que a vulnerabilidade relacional está ligada ao processo de personificação e socialização, obviamente dependente dos círculos sociais em que o indivíduo é inserido, primeiro a família, depois os laços formados por amizades, daí a escola, e assim por diante. Nesse processo, a vulnerabilidade se verifica nas inúmeras possibilidades de fragilizar, ferir ou mesmo destruir o indivíduo, por exemplo, em casos de exploração sexual, de *bullying*, de assédio moral no trabalho etc.

Podemos dizer, portanto, que a vulnerabilidade individual se observa do ponto de vista das necessidades naturais (físicas e psicológicas) do indivíduo, enquanto a relacional se verifica na potencialidade de vulneração, de sofrer um dano por ações externas. Assim, a vulnerabilidade pode se revelar, em algumas situações, transitória, mas sob o aspecto existencial a vulnerabilidade é permanente porque inerente ao ser humano.

É possível ainda aliar a vulnerabilidade à ideia de risco. Fiechter-Boulevard⁸⁶ expõe que há, por um lado, o risco de mortalidade e, por outro, a possibilidade de exposição ao sofrimento. Para ele, a vulnerabilidade

[...] se apresenta tanto como um risco possível, mais ou menos previsível, e um desfecho fatal, surgindo o primeiro das relações que os homens mantêm uns com os outros, sendo o segundo a expressão da natureza humana. Todo

⁸⁴ MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. Tradução da língua francesa por Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez. 2017.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, c2000. p. 13-32. (Collection de l'École doctorale Droit, science politique, relations internationales, 2-7061-0949-1.).

indivíduo está exposto ao sofrimento. A eventualidade só é percebida aqui como uma incerteza sobre o momento, não no estado⁸⁷.

De fato, sendo o ser humano um ente social, une-se a outros seres humanos e, portanto, consegue afastar os riscos. Entretanto, apesar de essa união em grupo se mostrar eficaz para o afastamento ou redução dos riscos individuais e para trazer proteção, em contrapartida, a coexistência aumenta a probabilidade de sofrimento que um ser humano pode causar a outro⁸⁸.

A vulnerabilidade alcança relevância jurídica, em especial no direito privado, com a reviravolta na consciência coletiva e na cultura de alguns países europeus após a Segunda Guerra Mundial, fazendo emergir um novo tipo de relacionamento entre as pessoas⁸⁹. O princípio da solidariedade como resultado desse novo relacionamento representou uma revolução no sistema jurídico, antes centrado no Código Civil do modelo liberal oitocentista, e passou a se preocupar com a igualdade no sentido da definição aristotélica⁹⁰. Consequentemente, surgem os diversos diplomas legais voltados à proteção dos vulneráveis e do tratamento desigual dispensado a uns e outros, ultrapassando a igualdade formal com o intuito de garantir uma igualdade material de maneira que a vulnerabilidade não seja fator de desequilíbrio nas relações jurídicas.

Reconhecida assim a qualidade de vulnerável, o legislador encontra o ponto de justificação de uma atuação com o propósito de reduzir a desigualdade material, atribuindo a determinados grupos caráter especial na elaboração de normas protetivas e reequilibradoras⁹¹, como são exemplos: as mulheres, cuja suscetibilidade de violência doméstica levou à criação da Lei 11.340/2006; as crianças e adolescentes, para os quais, pela necessidade de cuidados e proteção, há o Estatuto da Criança e do Adolescente; os idosos contemplados pelo Estatuto do Idoso, que traz regras específicas para as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos,

⁸⁷ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, c2000. p. 14. Tradução livre do original: “*Elle se présente à la fois comme un danger éventuel, plus ou moins prévisible, et une issue fatale, le premier prenant naissance dans les rapports qu’entretiennent les hommes entre eux, la seconde étant l’expression de la nature humaine. Tout individu est exposé à la souffrance. L’éventualité ne se perçoit ici qu’en tant qu’incertitude sur le moment, non sur l’état*”.

⁸⁸ Dessa convivência com a possibilidade de causar danos, dos riscos de sofrimento, o mínimo de ordenação se exige, como ensina Miguel Reale: “[...] o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 237-265.).

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 117.

⁹¹ *Ibid.*, p. 117.

visando também o cuidado e proteção e afastar discriminações pelo fator de idade avançada; as pessoas com deficiência, que têm na Lei Brasileira de Inclusão o suporte para transpor as barreiras sociais e a garantia de uma vivência em sociedade em pé de igualdade e justiça; e mesmo a Lei de Execuções Penais, que estabelece regras para o cumprimento de pena daqueles privados de liberdade, objetivando a ressocialização do condenado.

Sobre os conceitos, Marques e Miragem⁹² sustentam que a vulnerabilidade decorre do princípio da igualdade e, seguindo a linha de raciocínio de Fiechter-Boulevard, expõem que há de distinguir conceitualmente a vulnerabilidade em relação aos conceitos de igualdade ou desigualdade, pois estes últimos se verificam de maneira objetiva na comparação de pessoas e situações, enquanto a noção de vulnerabilidade é mais flexível e não consolidada, com traços de subjetividade, e não necessita sempre de uma comparação de sujeitos e situações.

Nesse aspecto, importante distinção fazem Batista e Amorim⁹³ acerca da vulnerabilidade existencial e da vulnerabilidade contingencial. Nesta, verifica-se a qualificação da relação jurídica estabelecida, enquanto naquela o vulnerável é tutelado por seu estado e identidade. Exemplos de vulnerabilidade existencial seriam observados na criança ou no idoso, cuja identidade e estágio de vida em que se encontram revelam sua vulnerabilidade; exemplos de vulnerabilidade contingencial seriam encontrados no trabalhador ou no consumidor, pois sua qualificação como vulnerável está de acordo com os papéis que estão a desempenhar na sociedade, e aqui admitem-se a comparação e a aproximação de seu conceito com a desigualdade, pois o sujeito é vulnerável em comparação a outro sujeito na relação jurídica. Na vulnerabilidade existencial, o sujeito é tutelado por “ser vulnerável” e na contingencial, por “estar vulnerável”.

Ainda sobre a pessoa vulnerável, Barboza⁹⁴ menciona que sua noção remete à ideia de vítima, mas que há certa diferença quanto ao grau e ao momento do surgimento do dano, e explica que, enquanto a vítima já sofreu um dano material ou moral, o vulnerável apresenta uma suscetibilidade de ser atingido, pois está exposto ao risco.

⁹² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

⁹³ BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, Curitiba, v. 5, n. 57, p. 83, 2018.

⁹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (org.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 113.

A respeito dessa noção de vulnerabilidade ligada à vítima, importante é o estudo sobre o sujeito vulnerável de Fineman⁹⁵, que explica que, de fato, o termo “vulnerabilidade” é geralmente associado a vítimas em potencial. Estariam aí incluídas as pessoas vivendo em pobreza, dependentes, confinadas em prisões ou outras instituições estatais, e que nesse aspecto a vulnerabilidade adota uma conotação negativa. Assim, entendendo que a vulnerabilidade é inerente à condição humana – assim como compreendem alguns dos estudiosos já mencionados –, propõe o abandono de uma associação negativa do vulnerável em que este é visto como o imaturo⁹⁶ ou aquele que faz parte de uma população estigmatizada, e em uma resignificação do termo apresenta uma possibilidade de apreender a vulnerabilidade como potencialidade de descrever uma condição humana universal, inevitável e duradoura. Para ela, a razão dessa estigmatização seria o domínio da narrativa do sujeito liberal que carrega consigo o mito de que autonomia, independência e autossuficiência são todas alcançáveis e desejáveis e, conseqüentemente, aqueles que não se “enquadram” no modelo do sujeito liberal – portanto, autônomo, independente e autossuficiente – passam a ser considerados deficientes e desviados de certo padrão.

Assim, Finneman propõe, em sua teoria, a substituição do sujeito liberal (autônomo, independente e autossuficiente) pelo sujeito vulnerável, e com isso possibilitar o enfrentamento de novas questões de maneira mais abrangente e democrática, considerando a vulnerabilidade como condição humana universal⁹⁷.

Disso concluímos pela necessidade de afastar a interpretação negativa da vulnerabilidade própria da criança e do adolescente e de entendê-los como parte da diversidade característica da comunidade humana, dotados também de autonomia.

Logo, vulnerabilidade e autonomia não são excludentes, mas complementares como atributos da pessoa. Nesse sentido, explica Ricoeur a respeito do paradoxo entre autonomia e vulnerabilidade:

O mesmo homem é ambas as coisas de pontos de vista diferentes. Ademais, não contentes em opor-se, os dois termos se compõem entre si: a autonomia é a autonomia de um ser frágil, vulnerável. E a fragilidade não passaria de patologia, caso não fosse a fragilidade de um ser chamado a tornar-se autônomo, porque de certo modo ele o é desde sempre⁹⁸⁻⁹⁹.

⁹⁵ FINEMAN, Marta Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. *Yale Journal of Law and Feminism*, v. 20, p. 1-23, 2008.

⁹⁶ Fineman coloca as crianças como um exemplo “simpático” de pessoas vulneráveis, assim como os idosos.

⁹⁷ FINEMAN, Marta Albertson. “Elderly” as vulnerable: rethinking the nature of individual and societal responsibility. *The Elder Law Journal*, v. 20, p. 71-112, 2012.

⁹⁸ No texto, Ricoeur usa o termo fragilidade como sinônimo de vulnerabilidade.

Ver a criança e o adolescente como vulneráveis é reconhecer sua necessidade de proteção e de regras próprias à sua condição de pessoa em desenvolvimento. O regime de especial proteção que lhes é conferido deve ser entendido como meio de promoção e efetivação do princípio da isonomia de acordo com seu grau de vulnerabilidade, não como uma forma de diferenciá-los das pessoas adultas pelo que lhes falta em razão de seu estágio de desenvolvimento.

Isso porque ser pessoa em desenvolvimento não significa ser menos pessoa¹⁰⁰. Em uma sociedade plural que reconhece ser constituída pela diversidade¹⁰¹, as crianças e os adolescentes são declaradamente parte desse corpo social¹⁰², e o tratamento especial a eles conferido decorre desse reconhecimento da diversidade social, em que necessidades de determinados grupos devem ser atendidas de acordo com sua vulnerabilidade, tal como ocorre com os idosos e pessoas com deficiência que possuem também estatutos próprios a fim de superar as vulnerabilidades e promover a igualdade; não é sem razão que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) é intitulado como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) objetivam assegurar os direitos dessas populações e incluí-las como parte do corpo social.

É possível, assim, concluir que inexiste um ser ideal, invulnerável e que, portanto, seria único dotado de autonomia plena, mesmo porque o próprio adulto é também vulnerável, não estando livre dos riscos inerentes à existência, tampouco das fragilidades relacionais, vendo-se, por vezes, como consumidor, como trabalhador, como integrante de uma unidade familiar, como ser orgânico e finito, enfim, humano.

3.2 Autonomia e capacidade civil

O termo autonomia pode assumir diversos sentidos a depender do campo de estudo em que aplicado (sociológico, filosófico, psicológico, jurídico). Em sua etimologia, designa “condição de uma pessoa ou de uma coletividade autônoma, quer dizer, que

⁹⁹ RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 80.

¹⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. São Paulo: Summus, 1986. p. 21.

¹⁰¹ Vide preâmbulo da Constituição Federal.

¹⁰² Ao dispor como objetivo da República o bem-estar de todos sem distinção de idade no artigo 3.º, VI, a Constituição afasta a distinção entre adultos, crianças, adolescentes e idosos, e mais à frente no artigo 5.º declara a igualdade entre todos perante a lei, aí incluídos crianças e adolescentes.

determina ela mesma a lei à qual se submete”¹⁰³. Opõe-se à “heteronomia”, que indica a “condição de uma pessoa ou de uma coletividade que recebe do exterior a lei à qual se submete”¹⁰⁴.

Juridicamente, pode-se falar em autonomia no campo do direito público para referir-se a uma descentralização administrativa, separação funcional de ente público, o poder normativo de um ente estatal¹⁰⁵, enfim, indica certa “independência” funcional e normativa do Estado; e no campo do direito privado, que é o que interessa ao presente trabalho, para se reportar à esfera de liberdade da qual são dotados os particulares em suas relações.

Para o direito privado, a autonomia é tema de conceituações diversas, sendo adjetivada de acordo com a acepção que se lhe atribui. Apresenta-se por vezes como autonomia da vontade, outras como autonomia privada, outras mesmo como autonomia privada da vontade¹⁰⁶. Contudo, todas essas expressões, no âmbito do direito privado, ainda têm sido utilizadas para se referirem a essa parcela de liberdade conferida aos particulares em suas relações de caráter patrimonial. Francisco Amaral, ao conceituar a autonomia da vontade, por exemplo, diz ser o direito obrigacional seu campo de aplicação, e sobre a autonomia privada ensina se tratar de um poder normativo exercido pelo particular que se realiza mediante negócios jurídicos, podendo ainda ser não normativo, ao atuar por meio de atos jurídicos em senso estrito ou ações materiais¹⁰⁷.

Em amplo estudo a respeito da autonomia privada e sua tutela constitucional, Ana Prata diz não ser possível confundir a autonomia privada com “toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial”, e, mesmo ao se tratar de situações de “poder contratual” dos sujeitos, somente por extensão o conceito de autonomia privada as alcançaria, porque em seu núcleo só abrangeria aquelas situações que exprimam conteúdo patrimonial¹⁰⁸.

Na atualidade, contudo, a expressão “autonomia privada” vem sendo entendida em um sentido mais amplo, não mais apenas para se referir à liberdade contratual, mas “como

¹⁰³ LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Tradução Fátima Sá Correia; Maria Emília V. Aguiar; José Eduardo Torres; Maria Gorete de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 115.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 462.

¹⁰⁵ DE FINA, Silvio. Autonomia. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Instituto Della Enciclopedia Italiana, 2007. p. 2-5.

¹⁰⁶ Sobre as distinções e evolução dos conceitos: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

¹⁰⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

¹⁰⁸ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 15.

a manifestação do poder da vontade individual, ou melhor, como a manifestação da vontade do sujeito de direitos em relação a todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não patrimoniais”¹⁰⁹.

De fato, o estudo da autonomia privada não se resume ao campo dos negócios jurídicos de caráter patrimonial e obrigacional, pois o direito privado se ocupa também dos direitos pessoais “relativos ao indivíduo como ente válido por si mesmo, protegendo-lhe o ser pessoal, o nome, a imagem etc.”¹¹⁰, de modo que a noção de autonomia privada se amplia e alcança também aquela liberdade que possuem as pessoas no exercício e no desenvolvimento de sua personalidade.

Isso porque, a partir de uma análise personalista do direito privado em substituição ao individualismo que orientou as concepções jurídicas do liberalismo, a autonomia privada ganha projeção no campo existencial, tornando necessária a reformulação de disciplinas jurídicas clássicas, a fim de que considerem também as situações jurídicas existenciais, verificando-se aí outra face da autonomia privada: a autonomia existencial¹¹¹, a qual pode ser entendida como

[...] instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade¹¹².

Portanto, é possível compreender a autonomia privada como gênero do qual a autonomia existencial é espécie¹¹³ e que atrai para si o principal foco de tutela quando se está diante de escolhas existenciais da pessoa, como destaca Daniel Sarmiento ao explicar que, “embora a autonomia abarque também a esfera patrimonial, a sua proteção mais reforçada se dá no plano das decisões de cunho existencial”¹¹⁴.

Deriva disso que a investigação do campo em que são tomadas as decisões pela pessoa – se relacionada a uma situação jurídica patrimonial ou existencial – antecede a análise

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 191.

¹¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 360.

¹¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-186.

¹¹² CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 142.

de seus critérios de validade, sendo estes distintos para as situações jurídicas patrimoniais e para as situações jurídicas existenciais.

De fato, o tratamento jurídico que há de ser dispensado às situações jurídicas conforme se situem no campo patrimonial ou existencial não é o mesmo. Na exposição de Perlingieri:

[...] o ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível: à intuitiva diferença entre a venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição. A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental.¹¹⁵

O problema relativo à autonomia da criança e do adolescente verifica-se quando estes figuram como titulares de interesses da situação jurídica existencial¹¹⁶, pois, submetidos ao poder familiar e às regras rígidas do sistema de incapacidades, têm por vezes confundida a proteção que lhes é devida por sua condição de pessoa em desenvolvimento com desnecessário paternalismo, o qual pode resultar em prejuízos ao desenvolvimento de sua personalidade.

É que ao considerar a pessoa incapaz, usualmente tem-se a errônea compreensão de que ela carece de autonomia no sentido lato do termo, no entanto “a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não patrimonial”¹¹⁷.

Entre a autonomia e a capacidade há verdadeira inter-relação. Ao tratar da capacidade de fato, Caio Mário da Silva Pereira diz que àqueles a quem faltam “requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil” a ordem jurídica “recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício de direitos, pessoal e diretamente, porém, condicionado sempre à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste”¹¹⁸. Também Massimo Bianca alude que a incapacidade de agir implica uma diminuição da

¹¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 276.

¹¹⁶ Para Perlingieri, nas situações subjetivas existenciais, o sujeito e o objeto se confundem, havendo o que ele chama de titularidade institucional (ou orgânica): “[...] onde o objeto de tutela é a pessoa [...] torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação” (PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 155).

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 190.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 222.

autonomia do sujeito¹¹⁹. Sobre autonomia e capacidade, importante é a definição de Brunello Stancioli, que considera que “[...] a capacidade de fato pode ser vista [...] como a autonomia da vontade com vestes dogmáticas”¹²⁰.

Essa relação existente entre autonomia privada e capacidade de fato, contudo, deve se restringir ao campo dos negócios jurídicos de caráter patrimonial, em que a situação jurídica tenha como prevalente o conteúdo econômico. Por seu turno, para as situações existenciais outros critérios devem ser adotados que não exclusivamente a capacidade de fato que se mostra insuficiente para o objetivo a que se propõe, qual seja, a proteção da pessoa incapaz, e isso tem chamado a atenção da comunidade jurídica que se dedica ao tema, procurando demonstrar meios eficazes de efetivação da tutela da autonomia da criança e do adolescente sem descuidar de sua proteção.

Isso posto, verificaremos os motivos pelos quais a construção clássica do sistema de incapacidades é insuficiente para a resolução de questões relacionadas às situações jurídicas existenciais e porque pode, em vez de proteger, pôr em risco a integridade moral da criança e do adolescente.

3.3 O sistema das incapacidades: entre a proteção e a negação da autonomia de crianças e adolescentes

De acordo com Limongi França, entre os atributos da personalidade figura o estado da pessoa que, no plano individual, também denominado físico, correspondem a vários estados, a saber, à idade, ao estado psíquico e à saúde. São modos de existir da pessoa que interessam ao estudo da capacidade de fato, haja vista que “entre o estado e a capacidade há uma relação de causa e efeito”¹²¹.

O estado de menoridade traz como consequência a incapacidade¹²² que tem início no nascimento da pessoa até que complete determinada idade, que em nosso sistema brasileiro se dá aos 18 anos.

Esse sistema fixo que divide as pessoas em capazes e incapazes tem por objetivo e função, por um lado, a proteção da pessoa que, por sua pouca idade, ainda não possui o

¹¹⁹ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la norma giuridica i soggetti*. Milano: Giuffrè, 2002. v. 1. p. 236.

¹²⁰ STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 37-42, jul./set. 1999.

¹²¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. v. 1. p. 146-148.

¹²² MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 13-19.

discernimento necessário para atuar no mundo dos negócios e, por outro, garantir a segurança no tráfego jurídico.

Nevares e Schreiber explicam que, historicamente, o regime rígido se estruturou sob a ótica do “tudo ou nada”, em que aquele que é capaz o é para todos os atos da vida civil ou não é para nenhum, sem diferenciar de quais atos se está a tratar, podendo refletir em questões puramente existenciais¹²³, e aí destacam o problema do sistema de incapacidades que pode “mutilar sua autonomia e, conseqüentemente, sua dignidade”¹²⁴.

De fato, na interpretação tradicional, a pessoa menor de 18 anos é considerada incapaz tanto para a alienação de um imóvel, ou para a compra de uma camiseta, quanto para fazer uma tatuagem, ou um tratamento hormonal (nos casos de adolescentes transexuais), ou mesmo para uma simples doação de sangue. O sistema que afasta o incapaz dos negócios e do tráfego jurídico também pode privá-lo da autonomia existencial, das escolhas e decisões relacionadas a seu modo de ser, ao desenvolvimento de sua personalidade.

Em defesa do regime das incapacidades, Fiuza e Nogueira¹²⁵ explicam que o sistema é protetivo ainda quanto às questões existenciais, uma vez que o cuidado dos interesses existenciais do incapaz constitui obrigação de seu responsável, o qual se sujeita à responsabilidade civil.

O instituto da responsabilidade civil, contudo, presta-se à reparação de danos e se aplica quando violada a obrigação contratual, legal, imposta por lei ou decorrente do risco para o direito de outrem¹²⁶. É, portanto, posterior ao dano e não preventivo¹²⁷, de sorte que não se coaduna com a ideia principal de proteção do incapaz. É claro que o responsável pelo incapaz responderá civilmente (ou mesmo criminalmente, se a conduta for assim tipificada) pelos danos que causar àquele que está sob sua guarda, tutela ou curatela, mas não é a função primordial da responsabilidade civil a proteção do incapaz.

¹²³ NEVARES, Ana Luíza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil, entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 42.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diego Luna (org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10-22.

¹²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 223.

¹²⁷ A função preventiva, pedagógica e punitiva da responsabilidade civil encontra-se especialmente quando se trata do dano moral e é aplicada pelos tribunais brasileiros geralmente em casos oriundos de relações de consumo. Embora tenha se proliferado tal função na doutrina e jurisprudência brasileiras, há ainda quem discorde de sua aplicação, por ser uma importação do instituto do *punitive damages* do direito anglo-saxão, que não se amolda ao sistema de tradição romano-germânica adotado no Brasil, porque neste as punições por transgressões legais devem ser previamente fixadas em lei. Sobre o tema: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 343-380.

Não se discorda que o sistema das incapacidades traga proteção à criança e ao adolescente, mas é preciso compatibilizá-lo com os princípios de proteção integral e do melhor interesse, a fim de evitar que sob a capa da proteção se oculte um mecanismo prejudicial de controle desnecessário a impedir o desenvolvimento e a expressão da personalidade. É preciso, assim, compreender em que medida o sistema das incapacidades protege a criança e o adolescente e a linha que estabelece os limites entre a proteção e a ameaça aos direitos puramente pessoais pela privação da autonomia existencial.

É que pelo estado de menoridade da criança e do adolescente e, como consequência da incapacidade, suas decisões sempre dependentes de outra pessoa, seja a mãe ou o pai que exercem sobre os filhos o poder familiar, ou terceira pessoa a quem seja atribuída a guarda ou tutela da pessoa menor de idade, no âmbito do poder decisório, é possível que ocorram abusos caso a vontade da criança ou adolescente esteja em conflito com a vontade de seu responsável.

Existem situações em que o recurso ao sistema das incapacidades, pela simples consequência da menoridade, pode representar uma espécie de “cheque em branco”¹²⁸ aos responsáveis pelo incapaz, fazendo com que aquelas decisões, nas quais a criança ou o adolescente se mostra capacitado para querer e entender e assim exercer de maneira consciente e informada sua autonomia, sejam desnecessariamente tomadas pelo detentor do poder familiar, da guarda ou tutela. Por conseguinte, o sistema de incapacidades afasta-se de sua função protetiva, como veremos em exemplos concretos mais adiante, e se converte em instrumento de controle desnecessário, de submissão e dominação, podendo causar danos irreparáveis ou que sejam de difícil reparação na vida adulta ao privar o incapaz da autonomia existencial. Nesse ponto, alerta Rosa Martins que

[...] por vezes, a proibição de praticar certo acto, em que a incapacidade de agir se cifra, não corresponde à real necessidade de proteção do sujeito por falta da capacidade de querer e de entender e da experiência necessárias a uma actuação livre, consciente e responsável. Criam-se, deste modo, situações graves de dissociação entre a capacidade legal de agir e a capacidade natural que se traduzem num défice de autodeterminação dificilmente conciliável com o respeito pelo direito constitucionalmente garantido ao desenvolvimento da personalidade enquanto corolário da dignidade da pessoa humana¹²⁹.

¹²⁸ FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, São Paulo, n. 2, p. 233, jul. 2013.

¹²⁹ MARTINS, Rosa. MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 102.

Reconhece-se assim, por um lado, a crítica ao sistema das incapacidades por sua insuficiência para solucionar os casos em que prevalece o caráter existencial e, por outro, constata-se que não se deve desprezá-lo como instrumento de proteção à criança e ao adolescente. Uma solução pode estar em sua adaptação aos tempos atuais, identificando outras capacidades que igualmente incidem na situação concreta. Como destaca Pasquale Stanzione, “a capacidade de agir, como todas as instituições jurídicas, é suscetível de interpretação e aplicação que se adapta às mais diversas necessidades”¹³⁰. Portanto, diante dos princípios hoje conhecidos e que norteiam toda e qualquer relação que envolva a criança e o adolescente, o tradicional instituto da incapacidade de agir é passível de readequação, recobrando seu valor protetivo onde deva incidir, a saber, nas situações em que se verifique um prevalente interesse patrimonial.

3.4 Capacidade natural e capacidade de discernimento

Outro ponto de suma importância no estudo da autonomia da criança e do adolescente diz respeito à capacidade natural que, diversamente da capacidade de fato, critério utilizado pela lei civil para todas as situações sem distinção, se patrimonial ou existencial, é a que mais adequadamente se apresenta para solucionar questões relativas aos direitos existenciais.

No âmbito patrimonial, a capacidade é analisada sempre pela perspectiva negativa, a saber, da incapacidade, e, ao tratar da capacidade natural, não é diferente: pelo prisma daquele que é naturalmente incapaz, pode-se constatar quem é o naturalmente capaz.

No direito italiano, há muito é tratado o tema relacionado à incapacidade natural ao estabelecer um dualismo com a incapacidade legal, como meio de conferir proteção àquele que, já legalmente capaz, encontra-se em um estado no qual lhe falte discernimento, seja este permanente, mesmo que a pessoa não tenha sido interditada, ou transitório em razão de embriaguez, sonambulismo, hipnose ou outros fatos que retirem do indivíduo a possibilidade de se manifestar inteligente e conscientemente. A previsão legal está no artigo 428 do Código Civil italiano.

Nota-se, assim, que o dispositivo que trata da incapacidade natural não contempla o menor, e sim apenas aquele que já atingiu a idade para que seja considerado legalmente capaz, mas que, por um estado de fato, falte-lhe o discernimento completa ou parcialmente.

¹³⁰ STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2008. p. 138. Tradução livre de: “[...] la capacità d’agire, come tutti gl’istituti giuridici, è suscettibile d’interpretazione e di applicazione che si adattano alle più diverse esigenze”.

Isso porque, a princípio, não se cogita da incapacidade natural do menor, pois este já é incapaz sob a ótica legal e, portanto, os atos por ele praticados sem a observância da representação ou assistência (conforme seja o caso de incapacidade absoluta ou relativa) estão sujeitos à nulidade ou anulabilidade, como explica Trimarchi¹³¹, permanecendo o menor a ser considerado legalmente incapaz, ainda que particularmente seja inteligente e maduro.

Desse modo, a incapacidade natural é observada nas hipóteses em que o sujeito tenha capacidade [legal] de fato, mas que, no momento da conclusão do negócio, esteja privado da capacidade de entender e de querer.

As causas da incapacidade natural podem ser diversas. Além da típica enfermidade mental, estado de embriaguez, hipnose ou sonambulismo, Trabucchi¹³² inclui as hipóteses de o agente estar acometido por um ímpeto de ira ou imensa dor, em geral toda e qualquer causa, ainda que transitória, que possa comprometer as faculdades psíquicas.

Assim, tratam a lei e a doutrina italiana acerca da “incapacidade de entender e de querer”, que, segundo Santoro-Passarelli¹³³, traduzem-se na falta de “discernimento”, noção muito importante e da qual partimos para verificar o contraponto da incapacidade natural, a saber, a capacidade natural, quando nos referimos ao legalmente incapaz diante das situações existenciais.

Ainda que da incapacidade natural só se possa falar daquele que é legalmente capaz, mas acometido por situação de fato que lhe retire o discernimento, é também por essa perspectiva que podemos falar de capacidade natural daquele que, não sendo legalmente capaz, apresenta discernimento suficiente para externar sua vontade de maneira madura e inteligente, em especial quando se trata de atos de autonomia de eficácia pessoal¹³⁴ nas situações jurídicas existenciais.

Historicamente, como visto, o sistema das incapacidades erigiu-se sob a noção de proteção patrimonial do incapaz. Esse sistema que transfere a um terceiro a direção da vida de outra pessoa tem suas raízes, primeiro, na ideia de pertencimento, pois os filhos e a mulher

¹³¹ TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. 9a ed. Milano: Giuffrè, 1991. p. 72.

¹³² TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Padova: Cedam, 1992. art. 428, p. 408.

¹³³ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9a ed. Napoli: Jovene, 1983. p. 37.

¹³⁴ Sobre os atos de autonomia, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro desenvolve uma teoria tríplice da autonomia privada existencial, na qual os atos são divididos em: (i) atos de eficácia pessoal; (ii) atos de eficácia interpessoal; e (iii) atos de eficácia social. Os atos de eficácia pessoal são aqueles que implicam consequências unicamente na esfera jurídica do titular e os de eficácia interpessoal podem repercutir na esfera jurídica de terceiros. Por sua vez, os atos de eficácia social são aqueles que geram ou podem gerar efeitos na esfera de um número indeterminado de pessoas (CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.).

casada pertenciam ao *pater familias*, depois na acepção de segurança jurídica nos negócios com outros e, por fim, chegou-se ao pensamento de proteção patrimonial do incapaz.

Para as situações jurídicas patrimoniais, esse sistema se mostra, em certa medida, eficaz, uma vez que evita que aquele que ainda não alcançou ou que não tem suficiente entendimento acerca dos negócios venha a sofrer algum prejuízo e ao mesmo tempo propicia a segurança jurídica ao terceiro de boa-fé.

Atualmente, no entanto, a bipartição que se vislumbra entre as situações jurídicas patrimoniais e situações jurídicas existenciais apresenta uma necessidade de definição de limites à atuação de terceiros responsáveis pela proteção do incapaz, na medida em que nas situações jurídicas existenciais, como aquelas relativas à condução da própria vida, ao autogoverno, às aspirações e projetos de vida como meio de desenvolvimento da personalidade, o sistema de incapacidades mostra-se demasiadamente invasivo e, por vezes, danoso ao principal interessado e titular do direito.

Pertinente, portanto, questionar se é possível transferir a outro, que não o titular do direito, a decisão acerca de que maneira serão exercidos direitos personalíssimos que estejam envolvidos em situações jurídicas existenciais e se poderá a pessoa incapaz, assim entendida nos termos dos artigos 3.º e 4.º do Código Civil, ser reconhecida como autossuficiente em tais situações.

Ao tratar da funcionalidade da autoridade parental, Perlingieri exprime a ideia de irrelevância da capacidade de fato para os atos existenciais:

É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade [...]. A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.¹³⁵

Em uma proposta de ressignificação da noção de “pessoa” para o direito, como aquela concretamente considerada, em que se verifica uma necessária transição entre uma noção de sujeito de direito indiferente e neutra para uma que atente à maneira pela qual o

¹³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 260.

direito se concretiza na pessoa, com suas particularidades, Stefano Rodotà expõe que os sistemas das incapacidades são historicamente relacionados ao mundo dos negócios comerciais e necessitam ser superados nas situações existenciais.

Relata o referido autor que a autodeterminação de uma pessoa estava ligada ao valor econômico, tanto que em determinadas situações a vontade do menor somente era considerada quando este passava a trabalhar, quando estaria habilitado, pelo contrato de trabalho, a discutir e a reivindicar seus direitos laborais. A pessoa com deficiência mental, contudo, não recebia o mesmo tratamento jurídico, e sua opinião não era sequer considerada. Do ponto de vista da situação jurídica existencial, porém, a perspectiva é outra:

Na vida jurídica, portanto, o menor não entra apenas para trabalhar, mas para fazer valer autonomamente suas opiniões e escolhas, para exercitar direitos fundamentais. E a categoria fechada do enfermo da mente, os excluídos por definição, revela a possibilidade de um agir autônomo próprio graças as formas de apoio que os acompanham em momentos particulares da existência. A atenção crescente pela “situação de natureza existencial” abre a porta para um novo equilíbrio jurídico.¹³⁶

De fato, como asseveram Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber, o sistema das incapacidades pela lógica do “tudo ou nada” reúne sob o mesmo rótulo todas as incapacidades¹³⁷, e assim não diferencia as situações patrimoniais das existenciais, de modo que são tratadas igualmente uma doação de um imóvel ou uma doação de sangue.

Não que o sistema não seja útil ou ultrapassado; em verdade, a investigação da natureza da situação jurídica, entre patrimonial ou existencial, é que dará o norte sobre qual o regime a ser adotado nas soluções de casos concretos, sendo importante a qualificação da situação para a adequação ao tratamento jurídico a que será submetida e determinar os institutos ou instrumentos jurídicos que serão utilizados em cada caso¹³⁸, com o que se poderá verificar a liberdade de atuação autônoma do incapaz.

¹³⁶ RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica. *Filosofia Politica*, v. 21, n. 3, p. 365-378, 2007. Tradução livre do original: “*Nella vita giuridica, allora, i minori non entrano soltanto per lavorare, ma per far valere autonomamente opinioni e preferenze, per esercitare diritti fondamentali. E la categoria chiusa degli infermi di mente, gli esclusi per definizione, rivela la possibilità di un agire autonomo proprio grazie a forme di sostegno che li accompagnino in momenti particolari dell’esistenza. L’attenzione crescente per le “situazioni di natura esistenziale” apre la porta a nuovi equilibri giuridici*”.

¹³⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil, entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 41.

¹³⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-186. p. 165-166.

Isso porque, parafraseando Pasquale Stanzione¹³⁹, nas situações existenciais, uma vez que não é possível a cisão do titular do direito a seu exercício, a dicotomia capacidade de direito-capacidade de fato não se aplicaria, visto que em tais situações conceder a titularidade de um direito, sem que se permita ao próprio titular seu exercício, significaria a negação da formação da personalidade do sujeito, a exclusão de sua subjetividade.

No entanto, se na situação jurídica existencial o sistema tradicional das incapacidades pode se mostrar inadequado, como seria possível encontrar a validade dos atos praticados?

Em uma análise da estrutura do negócio jurídico, Ana Carolina Brochado Teixeira busca uma desconstrução de sua aplicação apenas em situações patrimoniais para empregá-la também às situações existenciais, porém nestas não é a capacidade de fato que sustentará a validade do ato, mas seu primeiro elemento essencial, o discernimento com a funcionalidade¹⁴⁰.

Esse elemento pode também ser designado como *capacidade de discernimento* ou *capacidade de discernir*, que compreende, por óbvio, a de querer e entender, e a funcionalidade. Apura-se, como dito, casuisticamente, a partir da análise do grau de consciência e maturidade externadas pelo titular do direito, que deve ser compatível com o mesmo grau de consciência e maturidade de uma pessoa capaz (de fato) quando da decisão em uma circunstância semelhante¹⁴¹.

Essa capacidade de discernimento, no entanto, forma-se a partir das informações recebidas referentes à situação que se está a decidir. Conhecer a conjuntura por completo é essencial e necessário na tomada de decisões válidas nas circunstâncias existenciais, pois a pessoa só poderá expressar sua vontade se tiver conhecimento da situação em si e de todas as variantes esperadas do resultado de sua decisão.

Uma análise interessante do tema é feita por John Eekelaar a partir da conciliação entre o princípio do melhor interesse com o tratamento do menor como possuidor de direitos. Ele propõe um método de avaliação em que o menor participa da decisão, o que ele chama de “autodeterminação dinâmica”. Nesse método, o menor participa das decisões que são tomadas

¹³⁹ STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Calos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 223.

¹⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-186. p. 171.

¹⁴¹ MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 47-80, abr./jun. 2016.

em sua formação, a partir da implementação de um ambiente propício à tomada de decisão. De seu raciocínio pode-se concluir que a maturidade é construída em conjunto, nutrindo a pessoa do conhecimento acerca da situação a fim de que possa ter clareza dos rumos que cada decisão possa acarretar, com o intuito de lhe fornecer a base necessária no processo decisório.

É a pessoa interessada, portanto, que possui a resposta para os rumos de sua vida, nas palavras do próprio Eekelaar:

Presume-se que a melhor resposta para qualquer questão que surja pode estar dentro da criança, mesmo que a criança possa precisar de direção para uma acomodação com o mundo social que a cerca, ao invés de uma manipulação desse mundo social ao qual a criança deva responder.¹⁴²

O fato de a análise feita por Eekelaar voltar-se ao direito da criança e adolescente não afasta sua aplicabilidade também às situações em que a pessoa interessada é incapaz de fato em razão de um transtorno ou deficiência intelectual, pois, se, por um lado, a criança e o adolescente possuem o discernimento limitado por fases, a pessoa que tenha algum transtorno ou deficiência intelectual pode não ser despida por completo de discernimento, visto que tais transtornos e deficiências podem ter gradações diversas.

Dessarte, ao se distinguirem as situações patrimoniais das existenciais, é possível concluir por um espaço de autonomia nestas últimas, em que não se perquire a capacidade de fato da pessoa titular do direito, mas sim de sua maturidade de compreensão ou de sua capacidade de discernimento.

3.5 A autonomia e a situação jurídica existencial

Na matéria em estudo, importante é distinguir o caráter predominante na situação jurídica analisada, se patrimonial ou existencial. Assim fazendo, por um caráter eliminatório, afastamos a necessidade de adentrar nas subjetividades, quando a situação jurídica em exame for estritamente patrimonial, para as quais o sistema das incapacidades é suficiente.

É importante observar que não necessariamente a constatação de valor patrimonial envolvido na situação jurídica levará à conclusão de que não estamos diante de uma situação jurídica existencial.

¹⁴² EEKELAAR, John. The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law and Family*, Oxford, n. 8, n. 1, p. 42-61, Abr. 1994. Tradução livre do original: "The presumption is that the best response to whatever issue has arisen may lie within the child, even though the child may need direction to an accommodation with the social world surrounding it, rather than in a manipulation of that social world to which the child is left to respond".

A primeira distinção no âmbito da matéria de situações jurídicas e que será o ponto de partida para se evidenciar uma classe de situações jurídicas existenciais diz respeito à dicotomia entre situações jurídicas pessoais e situações jurídicas patrimoniais.

Essa distinção é importante, pois o termo situações não patrimoniais ou pessoais pode levar à conclusão de que se referem também às situações existenciais, com o que não se confunde.

Menezes Cordeiro expõe que as situações patrimoniais possuem conteúdo econômico, enquanto as situações não patrimoniais, também chamadas de pessoais, “não têm conteúdo económico e não concitam, à partida, uma equivalência monetária”¹⁴³. Em sua obra, o autor faz a ressalva acerca da possibilidade de arbitramento de indenização em dinheiro para casos de danos causados em situações não patrimoniais, porém essa avaliação monetária tem caráter compensatório, e não conteúdo econômico em si.

Na doutrina espanhola, também encontramos a subclassificação das situações jurídicas subjetivas em patrimoniais e pessoais. Castán Tobeñas distingue três grandes grupos de situações jurídicas: *a)* os deveres jurídicos; *b)* as faculdades jurídicas; e *c)* as posições de integração e conexão entre pessoas em consequência do jogo e combinações entre as anteriores. Daí seguem-se outras, interessando-nos as de obrigações civis e ordinariamente as patrimoniais, que são subclassificações do primeiro grupo, e as situações jurídicas pessoais, que se referem a uma subclasse do último grupo.

Atentamente, Castán Tobeñas assinala que as situações jurídicas pessoais possuem um “[...] conceito um tanto vago e geral, que abarca as de carácter fundamental que constituem os chamados estados da pessoa, como aquelas outras qualidades ou posições que se mostram como derivadas e mais concretas”¹⁴⁴.

A classificação, como dito, deve ser cautelosa, pois não se devem confundir as situações pessoais com aquelas relativas à personalidade ou com aquelas que não são suscetíveis de avaliação pecuniária, como adverte Ascensão, que assim as distingue: “as situações pessoais são aquelas em que há um prevalente aspecto ético, e as patrimoniais aquelas cuja essência é compatível com a redução a um valor pecuniário”¹⁴⁵.

¹⁴³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. reform. e actual. Introdução: fontes do direito: interpretação da lei: aplicação das leis no tempo: doutrina geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 867.

¹⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Situaciones jurídicas subjetivas*. Madrid: Reus, 1963. p. 50-53. Tradução livre do original: “[...] concepto un tanto vago y muy general, que abarca las de carácter fundamental que constituyen los llamados estados de persona, como aquellas otras cualidades o posiciones que se muestran como derivadas y más concretas”.

¹⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 19. *E-book*.

Postas tais premissas, tanto a situação jurídica patrimonial quanto a situação jurídica pessoal podem, por vezes, originar ou mesmo ser derivadas de outra situação: a existencial.

A situação jurídica existencial diz respeito àquela em que seus elementos visam a concretização de interesses relacionados à pessoa em si e o desenvolvimento de sua personalidade, a seu projeto de vida. Em geral, poder-se-ia falar que objetivam a garantia de seus direitos fundamentais, o que, na esfera privada, traduz-se na proteção à personalidade.

Uma relação contratual pode revelar uma situação jurídica existencial, pois, mesmo que oneroso e, portanto, com caráter econômico, por vezes pode ser celebrado visando a subsistência da pessoa. São diversos, por exemplo, o efeito da compra e venda de medicamentos para revenda e a compra de medicamentos para tratamento de uma pessoa enferma; no primeiro, a causa é a obtenção de lucro, enquanto no segundo, é a preservação da saúde e da vida.

Antônio Junqueira de Azevedo, ao diferenciar os contratos de lucro dos contratos existenciais, explica que nestes últimos as pessoas buscam sua subsistência¹⁴⁶, e, ao atualizar a obra de Orlando Gomes, trata de uma dicotomia entre os contratos existenciais e os contratos empresariais, ou de lucro, como uma classificação que atende aos novos princípios contratuais e à operabilidade. Como exemplos de contratos existenciais traz justamente aqueles em que se verifica uma causa final de subsistência, como o “contrato de trabalho, locação residencial, compra da casa própria”¹⁴⁷

No estudo do direito dos danos, Teresa Ancona Lopez vislumbra o dano existencial como categoria autônoma, sendo consequência de lesões cujo efeito compromete o bem-estar da pessoa ou seu projeto de vida:

É aquela lesão que compromete as várias atividades através das quais a pessoa atua para plena realização na esfera individual. Seus efeitos comprometem as realizações do interesse da pessoa quotidianamente nas várias áreas de sua atuação, comprometendo sua qualidade de vida. Não se confunde com o dano à saúde ou à integridade psicofísica (dano-evento). Evidentemente que pode ter origem nesses, mas seus efeitos mórbidos que conduzem ao dano existencial, sempre um dano-consequência. Assim, o dano-evento pode ser de diversas origens, materiais ou imateriais, contratuais ou extracontratuais. O importante para a caracterização do dano

¹⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 39, abr./jun. 2008.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 100.

existencial é que tenha produzido um prejuízo ao bem-estar pessoal ou ao projeto de vida.¹⁴⁸

Entre alguns exemplos atuais de danos à pessoa no plano existencial Lopez destaca o *bullying* no âmbito escolar, que pode gerar traumas irreversíveis na vida adulta das vítimas, bem como o direito de morrer com dignidade em que, embora um paradoxo, negar a um doente terminal o direito à morte causar-lhe-ia dano de ordem existencial.

Nessa senda, importante observar que o Código Civil argentino, no artigo 1.738 inclui entre as hipóteses de reparabilidade os danos causados ao projeto de vida¹⁴⁹.

Podemos entender, assim, que há uma tutela jurídica da existencialidade da pessoa individualmente considerada. O projeto de vida e tudo aquilo que conjuntamente contribui para a autoafirmação como pessoa e a individualidade são juridicamente tutelados, desde suas escolhas de vida, ou melhor, seu projeto de vida, que perpassam obviamente por sua subsistência.

É possível, assim, falar em situações jurídicas existenciais como aquelas relacionadas ao projeto de vida da pessoa, a sua própria autoafirmação como ser humano, e que não necessariamente se restrinjam às situações pessoais, nem mesmo dizem respeito exclusivamente aos direitos de personalidade, esta entendida como um valor que “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela”¹⁵⁰.

Não haveria sentido em falar em contratos que convergem para a manutenção da existência ou de reparação por danos ao projeto de vida, se não fosse reconhecido que a existencialidade é tutelada pela ordem jurídica.

De fato, amparado na valorização da pessoa como ser situado no tempo e no espaço, o direito não poderia se furtar a tutelar a concretização das situações jurídicas nas quais os interesses apontam para a realização das escolhas e dos projetos de vida.

A abordagem que se faz assume grande relevância para o tema tratado neste trabalho, pois são nas situações jurídicas existenciais que encontramos um espaço de liberdade e de valorização da vontade da criança e do adolescente na ordem jurídica e que

¹⁴⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014.

¹⁴⁹ “Artículo 1738.- *Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.*”

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

culminam no exercício da autonomia progressiva, limitadoras da atuação parental, do tutor e do curador.

Assim, ao investigar a natureza da situação jurídica, se nela predomina o caráter existencial, o regime das incapacidades pode não ser suficiente à proteção que dele se espera à criança e ao adolescente. Por essa razão, afirma Gustavo Tepedino que a disciplina das incapacidades prevista nos artigos 3.º e 4.º do Código Civil,

[...] por sua *ratio* voltada para a proteção do patrimônio do incapaz, mostra-se consentânea, tão somente, com as situações jurídicas patrimoniais. No que tange às situações jurídicas existenciais, há incompatibilidade funcional na sua aplicação. Isto porque a vontade do incapaz – assim considerado seja em razão da idade, seja em razão do desenvolvimento psíquico – deve ser preservada, o máximo possível, no exercício de seus interesses, na medida em que se descortina seu discernimento: ninguém melhor do que ele poderá proteger, em certas circunstâncias íntimas, sua personalidade¹⁵¹.

É que o sistema das incapacidades volta-se às relações externas do incapaz, aquelas que interferem na esfera de direitos de terceiros, na explicação de Perlingieri: “[...] se a atividade é destinada ao externo (no sentido de atividade negocial juridicamente relevante também para terceiros), o exercício da situação postula uma capacidade que se especifica em capacidade de exercício negocial”¹⁵².

O sistema das incapacidades tem sua gênese na preocupação com o patrimônio do incapaz¹⁵³. Esse interesse na conservação patrimonial do incapaz perdura aos dias atuais, por meio do instituto da incapacidade de fato, muito mais com o intuito de preservar a segurança jurídica das relações com terceiros do que o cuidado com a própria pessoa do incapaz. Sobre o tema, Martins diz que

[...] a finalidade primordial para que vai orientado o regime da incapacidade de agir por menoridade não é a proteção da pessoa incapaz, muito menos a promoção do seu desenvolvimento integral tendo em atenção o seu ser em devir, mas a proteção da certeza e segurança do tráfico jurídico¹⁵⁴.

De fato, na *ratio* do sistema de incapacidades estão a proteção patrimonial e a segurança jurídica, as quais se dirigem ao sujeito abstrato em suas relações com os demais sujeitos, uma vez que o corpo social exige dessas relações segurança e certeza, como meio de

¹⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 204.

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 113.

¹⁵³ Já no direito romano a matéria era restrita ao incapaz *sui iuris*, que podia ter patrimônio próprio, pois o *alieni iuris*, subordinado ao *pater familias*, não tinha patrimônio a ser administrado; nesse sentido: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 129; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 65.

¹⁵⁴ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 105.

garantir a estabilidade dos negócios celebrados e que têm como centro de imputação jurídica os bens mensuráveis economicamente. Por esse motivo, o sistema é rígido e de caráter genérico, não se admitindo modulação de acordo com as particularidades pessoais.

Do ponto de vista das relações externas, portanto, o sistema uniforme e geral, como o etário, cumpre muito bem os objetivos de cuidar, ao mesmo tempo, da proteção do incapaz ainda inexperiente no mundo do tráfego e dos negócios jurídicos e de tutelar a segurança jurídica das relações.

Conforme Stanzione, é um erro doutrinário transpor esse sistema das incapacidades, o qual, por razões histórico-econômicas e sociais, tem raízes puramente no direito civil patrimonial, para as relações pessoais e situações existenciais, não sendo sem sentido que aquele que se dedique ao tema acabe por se deparar com a inadequação do sistema às situações existenciais¹⁵⁵.

Diante do exposto, é mais do que necessário na atualidade observar qual é ou quais são os interesses jurídicos tutelados, se puramente patrimoniais, para os quais o sistema de incapacidades se mostra suficiente e adequado em sua função protetiva ao incapaz e de segurança a terceiros, ou se o objetivo é amparar direitos existenciais, para os quais há de se buscar, na maior medida possível, o respeito à autonomia, ao considerar direitos que só mesmo pelo próprio titular podem ser exercidos.

Logo, é possível concluir que, para as situações jurídicas existenciais, prevalecem as regras e os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção, respeitando-se a vontade expressada pela criança e pelo adolescente, buscando-se um equilíbrio entre o direito à proteção e o direito ao exercício da autonomia.

Há de ser observada, portanto, a classificação da própria situação jurídica em análise e dos direitos nela envolvidos, porque suas finalidades são distintas conforme seja prevalente o aspecto patrimonial, para o qual nos voltaríamos ao sistema de incapacidades da tradição civil, ou se se sobressai o caráter existencial, demandando uma análise mais aprofundada de outros critérios, não exclusivamente o etário.

¹⁵⁵ STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 2008. p. 249 e 286.

4 EXERCÍCIO DA AUTONOMIA POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS

Não estamos habituados, no âmbito jurídico, a tratar da autonomia da criança e do adolescente, principalmente em matéria de direito privado, em que, comumente, faz-se referência ao sistema das incapacidades.

Entretanto, como já exposto, o direito privado não se ocupa apenas de relações ou situações patrimoniais, mas também dos direitos pessoais e muitos que só podem ser exercidos pela própria pessoa, o que dificulta a tarefa de aplicar o sistema das incapacidades.

No presente capítulo, procuraremos apresentar alguns elementos que podem nos auxiliar na verificação de validade de uma decisão tomada por uma criança ou adolescente, compatibilizando com o sistema das incapacidades e sempre orientados pelos princípios da proteção integral, do melhor interesse e da autonomia progressiva.

4.1 O estágio de desenvolvimento e a presunção de discernimento

Discutimos no presente trabalho sobre a necessidade de se adotarem outros critérios que não o puramente etário, como faz o sistema das incapacidades nas situações jurídicas patrimoniais, para as situações em que predomina o caráter existencial da criança ou do adolescente.

Neste tópico, a questão etária ingressará como parâmetro para a análise do estágio de desenvolvimento da pessoa da criança e do adolescente e, portanto, da aquisição de discernimento. Para tanto, recorreremos aos estudos realizados em outras áreas do conhecimento que, por observação, chegaram a conclusões a respeito desses estágios de desenvolvimento mental dos seres humanos.

Aqui abordamos o desenvolvimento mental que serve de subsídio à capacidade natural e de discernimento da qual já tratamos, sendo, portanto, necessário assinalar que essa capacidade chega em diferentes momentos da vida da pessoa, não vinculada a determinadas idades, sendo a classificação etária tão somente um parâmetro aproximado em que se observa o desenvolvimento mental.

Justifica-se buscar essa base na psicologia desenvolvimentista porque, como é sabido, o direito civil preocupa-se com o estado psíquico da pessoa, por exemplo, em matéria relativa à capacidade civil de fato (que aqui defendemos seja restrita às situações patrimoniais, como exposto no item 3.5), como lembra Francisco Amaral: “a capacidade de

fato depende da capacidade natural de entendimento, inteligência e vontade própria da pessoa natural”¹⁵⁶. Há outros momentos em que se verifica essa preocupação do direito privado com o estado mental, como na invalidade de atos ou negócios jurídicos em que a vontade esteja viciada.

Assim, não se pode desprezar que, para a vontade no direito privado, a produção de efeitos de atos e negócios jurídicos depende da vontade livre e manifestada no gozo pleno das faculdades mentais.

Essa plenitude do discernimento, contudo, não se atinge de forma automática aos 18 anos, quando cessa a incapacidade de fato, mas se adquire gradativamente, como aludido no item em que tratamos da autonomia progressiva. Entretanto, a psicologia nos apresenta de maneira mais apropriada como esse processo de aquisição do discernimento ocorre, e nos interessa aqui entender em que fases do desenvolvimento já se pode observar esse discernimento, a capacidade de querer e entender.

Segundo estudos de Piaget, o desenvolvimento mental da criança e do adolescente possui seis estágios, que vão desde o nascimento até o fim da adolescência. Cada um dos estágios apresenta características próprias, e nos dois últimos, o quinto estágio, que vai dos 7 aos 11 ou 12 anos, e o sexto estágio, o da adolescência, aparecem o início e a afirmação da vontade¹⁵⁷. A autonomia, pelo que se extrai de seus estudos originalmente publicados em 1932, surge na criança em um processo evolutivo, sendo primeiro observada a anomia, substituída pela heteronomia (em que a criança obedece aos pais por medo de alguma punição ou de perda de amor dos pais), e, por fim, a autonomia, quando se adquire a consciência de regras, concebidas estas por livre decisão da consciência, sem a coação dos adultos ou da tradição¹⁵⁸, o que ocorre por volta dos 10 ou 11 anos¹⁵⁹.

Para Kohlberg, o processo que vai da heteronomia à autonomia é identificado quando o adolescente analisa a ordem dada pelo adulto (heteronomia) e dela discorda por não lhe parecer justa na situação que lhe é apresentada. Assim, o adolescente responde e questiona o porquê de seguir a ordem do adulto, porém, conforme o estágio avança, passa a abrir

¹⁵⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 393. *E-book*. Edição do Kindle.

¹⁵⁷ PIAGET, Jean. *Seis estudos de psicologia*. Tradução Maria Alice Magalhães D’Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 40-64.

¹⁵⁸ PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. Tradução Elzon Lenardon. São Paulo: Summus, 1994. p. 60-68.

¹⁵⁹ Não nos alongaremos nas explicações dos estudos de Piaget que culminaram em sua teoria desenvolvimentista, visto não ser o escopo do presente trabalho, mas sim utilizar suas conclusões como suporte à análise de fases em que se pode, juridicamente, entender a partir de quando se pode considerar suficientemente consciente e válida uma vontade expressada e uma decisão adotada pela criança ou pelo adolescente.

concessões baseadas no afeto e na gentileza, analisando não apenas a ordem que lhe parece injusta, mas também quem a ordena. Logo, decide, por si só, cumprir o comando por mero ato de liberalidade, contudo consciente de que o faz por gentileza. Esse estágio, chamado por Kohlberg de estágio da equidade, que vai dos 12 aos 14 anos¹⁶⁰, coincide com o estágio das operações formais de Piaget, que observa que entre os 14 e 15 anos o adolescente é capaz de pensar forma hipotética e independente, uma fase que coincide com o início da formação profissional em muitos adolescentes e com a construção de um programa de vida (entre 15 e 20 anos)¹⁶¹.

Esses parâmetros etários, no entanto, são aproximados, pois, tratando-se de fenômenos tão particulares como o desenvolvimento mental da pessoa e o surgimento de uma consciência autônoma, podem revelar apenas os primeiros passos na busca de uma análise do sujeito que está a decidir, se dotado de razão e consciência suficientes à espécie de situação que está diante de si, a fim de que possa conduzir-se a uma decisão autônoma e válida, mas outros fatores devem ser considerados, além da idade, como o histórico-social.

Dessarte, crianças de mesma idade podem apresentar graus de desenvolvimento diferentes a depender de onde vivem, de sua condição socioeconômica, de seu acesso a informações e conhecimento, do convívio com familiares etc. Essas faixas etárias poderão, no entanto, apresentar-nos um início, uma noção de quando podemos verificar, em média, uma consciência autônoma na criança.

Essas faixas de desenvolvimento mental são compatíveis com algumas proposições, no campo dos direitos da criança e do adolescente, para as quais a capacidade de fato, no âmbito dos direitos puramente pessoais, deveria seguir modelo escalonado conforme a idade.

É assim o modelo de escalões apresentado por Rosa Martins¹⁶², que propõe a divisão da incapacidade em três subfases da menoridade, quais sejam: a infância, que vai do nascimento aos 7 anos; a pré-adolescência, dos 7 aos 14 anos; e a adolescência, que vai dos 14 aos 18 anos de idade.

Martins entende que a própria capacidade de fato da criança e do adolescente deve seguir um modelo em que, de acordo com o grupo etário, então chamado de escalões, devem ser definidos quais atos cuja prática deve ser permitida à criança e ao adolescente de acordo

¹⁶⁰ DUSKA, Ronald; WHELAN, Mariellen. *O desenvolvimento moral na idade evolutiva: um guia a Piaget e Kohlberg*. São Paulo: Loyola, 1994. p. 38-48.

¹⁶¹ PIAGET, Jean. Intellectual evolution from adolescence to adulthood. *Human Development*, v. 51, n. 1, p. 40-47, 2008.

¹⁶² MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 134-152.

com sua maturidade. Conforme se passa de um escalão a outro, um círculo de atos facultados à criança e ao adolescente vai crescendo, tendo como limite a capacidade natural, na medida em que vai aumentando o nível de desenvolvimento das faculdades intelectuais, volitivas, morais e emocionais necessárias para a validade de tais atos.

Em recente tese de doutorado, Fernanda Colucci¹⁶³ chega à conclusão de que, para os atos existenciais, seria necessária uma combinação entre competência (que não se confunde com capacidade) e faixas etárias. Nesse sentido, propõe a classificação em cinco grupos etários, a saber: de 0 a 7 anos incompletos; de 7 anos completos a 14 incompletos; de 14 anos completos a 16 incompletos; de 16 anos completos aos 18 anos incompletos; e dos 18 anos completos em diante.

Para ela, a capacidade para os atos patrimoniais e para os atos existenciais cessaria em momentos diferentes da vida, sendo a primeira aos 18 anos completos e a última aos 16 anos completos, e a competência para os atos existenciais obedeceria a critérios etários e biopsicológicos dentro de cada grupo etário.

Nesse aspecto, vale mencionar o Código Civil e Comercial da Nação Argentina de 2014, que em seu artigo 26 presume a aptidão do adolescente entre 13 e 16 anos para decidir sobre tratamentos médicos não invasivos. O mesmo dispositivo traz ainda um conceito aberto segundo o qual, uma vez demonstrada suficiente maturidade, a pessoa exerce por si só os atos permitidos pelo ordenamento jurídico. Essa opção do legislador argentino, segundo Maria Victória Famá, considerou as teorias da evolução intelectual e moral da criança e do adolescente e o princípio da autonomia progressiva¹⁶⁴.

Essa divisão em grupos etários que sigam o desenvolvimento mental da criança e do adolescente, a nosso ver, pode indicar uma presunção de discernimento ou de sua ausência, a depender da idade da criança ou do adolescente, mas poderá, em qualquer caso, ser afastada, tendo em vista que o desenvolvimento mental, moral e a consciência autônoma de cada um podem ser diferentes, ainda que com idades iguais.

Desse modo, seria possível presumir que aos 14 anos o adolescente tenha adquirido o discernimento para decidir acerca de atos existenciais, tendo em vista que nessa

¹⁶³ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsicato. *Autonomia da vontade da criança e do adolescente*. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. DOI: 10.11606/T.2.2020.tde-28042021-234805. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28042021-234805/pt-br.php>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹⁶⁴ FAMÁ, Maria Victória. *Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial*. AR/DOC/3698/2015. Disponível em: https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/capacidad_progresiva_fama.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

idade o desenvolvimento mental e moral já permite avaliar com certo grau de maturidade as escolhas relativas à sua pessoa.

Nesse aspecto, é interessante o estudo feito por André Pereira¹⁶⁵, no qual verificou-se a existência de uma maioria especial para os cuidados com a saúde em quase todos os países europeus, além dos países norte-americanos e Austrália e Austrália do Sul, e assim os dividiu em quatro grupos, a saber: (i) países com autonomia progressiva entre os 12 e 16 anos, como Holanda e Espanha; (ii) países que fixam a idade de 14 anos, sem a dispensa de análise concreta da capacidade de discernimento, tais como Áustria, Alemanha, Quebec, New South Wales (Austrália) e muitos estados dos Estados Unidos da América; (iii) países em que há a maioria para os cuidados com a saúde aos 16 anos, são os casos da Inglaterra e Austrália do Sul; e, por fim, (iv) países nos quais não há critério etário fixo, como Bélgica, Suíça, Suécia e Finlândia.

No caso do direito português, estudado por Pereira, compreendeu-se que o consentimento pelo adolescente poderia ser prestado aos 14 anos, com base no artigo 38.º, n.º 3 do Código Penal, mas, em momento posterior à pesquisa publicada em 2003, o referido dispositivo foi alterado, fixando-se a idade de 16 anos, pela Lei 59/2007.

Entre os países latino-americanos, há o citado caso argentino, em que o Código Civil y Comercial presume a aptidão do adolescente entre 13 e 16 anos para decidir sobre tratamentos médicos não invasivos; aqueles procedimentos invasivos ou que apresentem riscos à integridade ou à vida do adolescente devem ser prestados com assistência de seus pais. Em caso de conflito entre o adolescente e seus pais, deve ser resolvido com base no melhor interesse e na opinião médica. O maior de 16 anos é considerado um adulto, pela lei argentina, para as decisões atinentes aos cuidados com seu próprio corpo.

Nas duas últimas décadas, o Chile muito discutiu acerca do tema. Um projeto de lei apresentado ao Congresso chileno, por iniciativa do Executivo em 2006, previa que pelos maiores de 14 anos a manifestação de vontade em atos médicos deveria ser expressada pessoalmente, e, nos casos em que a vida do adolescente estivesse em risco, poderia consultar os pais deste. No entanto, caso a vontade dos pais fosse conflitante com a do adolescente, dever-se-ia submeter a questão ao comitê de ética. No caso dos menores de 14 anos, a opinião deles deveria ser consultada, mas a decisão definitiva ficaria a cargo dos pais. A redação

¹⁶⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/89350>. Acesso em: 30 maio 2022.

original do artigo 16 que tratava da capacidade da criança e do adolescente em matéria sanitária, porém, foi suprimida em 2011 durante as discussões¹⁶⁶.

Há, porém, quem entenda que, mesmo com a supressão do referido dispositivo que expressamente tratava do tema, ainda é possível, em uma interpretação sistemática, reconhecer uma presunção de capacidade sanitária ao maior de 14 anos. Segundo Parra Sepúlveda e Ravetllat Ballesté¹⁶⁷, a lei, tal como aprovada, reforça a ideia da autonomia progressiva, ao prever que toda pessoa terá direito, sem exclusão, de ser informada e que a informação entregue ao paciente deve ser oportuna, além de compreensível, em razão da idade, condição pessoal e emocional. Sustenta-se também que, caso o receptor da informação seja uma criança ou adolescente, deverá a informação se adequar às características especiais deles. Concluem, ainda, pela presunção de capacidade sanitária aos maiores de 14 anos:

[...] na perspectiva de uma atribuição do estado de maturidade que permita ao adolescente validamente tomar uma decisão sobre seu próprio corpo em matéria sanitária, útil resulta propor que se reconheça aos maiores de 14 anos uma espécie de presunção *iuris tantum* de plena capacidade para exercer livremente aqueles direitos da personalidade dos quais são titulares, como neste caso seriam o direito à vida, à saúde, à autodeterminação e à integridade física, entre outros.¹⁶⁸

A Colômbia divide as crianças e adolescentes entre: (i) infantes (até os 7 anos de idade incompletos); (ii) menores impúberes (dos 7 aos 14 anos); e (iii) menores adultos (dos 14 aos 18 anos)¹⁶⁹. As decisões judiciais da Corte Constitucional da Colômbia e normas ministeriais têm seguido uma linha de raciocínio segundo a qual o menor adulto é suficientemente capaz para decidir acerca de tratamentos médicos que não o coloquem em risco, como no caso de orientação sobre contraceptivos, testes e tratamento de HIV, ou interrupção da gravidez; o menor adulto é suficientemente capaz para tais atos, enquanto para

¹⁶⁶ Disponível em: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4398-11. Acesso em: 1 jun. 2022.

¹⁶⁷ PARRA SEPULVEDA, Darío; RAVETLLAT BALLESTE, Isaac. El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud. *Ius et Praxis*, Talca, v. 25, n. 3, p. 215-248, dez. 2019. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300215&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 1 jun. 2022.

¹⁶⁸ Em tradução livre do original: “[...] desde la perspectiva de la acreditación del estado de madurez que permita al adolescente válidamente tomar una decisión sobre su propio cuerpo en materia sanitaria, útil resulta plantear que se les reconozca a los mayores de 14 años una especie de presunción *iuris tantum* de plena capacidad para ejercitar libremente aquellos derechos de la personalidad respecto de los cuales son titulares, como en este caso serían el derecho a la vida, a la salud, a la autodeterminación y a la integridad corporal, entre otros”.

¹⁶⁹ Essa classificação se verifica pela interpretação dada pela Corte Constitucional da Colômbia ao artigo 34 do Código Civil, que antes da Sentencia C-534-05, de 24 de maio de 2005, distinguia os impúberes e os menores adultos conforme fossem do sexo masculino ou feminino.

situações que lhe tragam risco de vida, como a necessidade de transfusões de sangue, sua vontade não é determinante quando se tratar de recusa ao tratamento¹⁷⁰.

É possível constatar, portanto, que, em matéria relativa à saúde e ao próprio corpo, boa parte dos países reconhece uma espécie de “presunção” da capacidade sanitária ao adolescente que conta com 14 anos, o que se compatibiliza com a evolução mental e moral dos estudos de Piaget e de Kohlberg.

Em nossas reflexões, de igual modo, entendemos pela presunção de discernimento nas situações jurídicas existenciais aos adolescentes que tenham completado os 14 anos de idade. Se eles já estão suficientemente maduros para decidir acerca de sua saúde e sobre seus próprios corpos, também estão para decidir a respeito de outras situações em que seus direitos personalíssimos e fundamentais estejam no centro de imputação da situação jurídica, tais como o nome, a honra, o trabalho, a educação etc.

O fato de se presumir o discernimento do adolescente não significa que essa presunção não possa ser elidida por quem, por dever de cuidado – tais como os pais, os tutores, a sociedade e o próprio Estado – está incumbido de zelar pelo melhor interesse do adolescente.

Um mecanismo de proteção pode ser verificado na figura da oposição aos atos pretendidos pelo adolescente que se mostrem gravosos ou prejudiciais, como sugere Rosa Martins¹⁷¹, e a decisão do adolescente que já tenha completado 14 anos e com capacidade de discernimento será eficaz desde que não encontre oposição por parte daqueles que estão encarregados de seus cuidados. Havendo oposição, esta também não prevalece de per si, mas a questão deve ser levada ao conhecimento do Judiciário para que sejam apreciadas tanto a capacidade de discernimento do adolescente, considerando a própria situação, quanto as razões da oposição dos pais ou responsáveis. Nesse caso, não se pode prescindir da participação do próprio adolescente no procedimento judicial, tendo esse direito ao curador especial nos termos do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 142, parágrafo único). Disso trataremos mais adiante.

Nesse sentido, compreendemos possível, de acordo com o grau de desenvolvimento natural da criança e do adolescente, com base nos estudos da neuropsicologia e seguindo-se o que foi observado no que diz respeito à existência de uma capacidade sanitária em outros países, concluir pela atribuição de presunção de discernimento

¹⁷⁰ Sentencia T-474/96; Sentencia C-507/04; Sentencia T-697/16; República de Colômbia, Ministério de la Protección Social. Resolución 0769 de 2008.

¹⁷¹ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 141-152.

ao adolescente que já tenha completado os 14 anos, podendo este decidir sobre questões existenciais sem a necessidade de assistência ou representação (institutos típicos de suprimento das incapacidades) de seus pais ou responsáveis. Caso se identifique na situação que está a ser decidida pelo adolescente certa gravidade, risco, ou ausência de discernimento, eles podem se opor ao ato pela via judicial, em respeito à autonomia progressiva do adolescente.

4.2 A autodeterminação dinâmica e a valorização da autonomia da criança e do adolescente

A falta ou um reduzido discernimento não significa ainda que as decisões relativas à criança e ao adolescente devam ser tomadas de forma heterônoma ou sem sua participação. De acordo com seu grau de desenvolvimento, será sempre necessário tomar em conta sua opinião, e isso não é apenas a conclusão que encontramos na doutrina relativa aos direitos da criança e do adolescente; a própria Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente traz essa previsão no artigo 12.

No entanto, não basta perguntar à criança ou adolescente, seja diretamente, seja por meio de técnicas adequadas à sua idade, qual a opinião deles em determinada situação que lhes diga respeito. Para que se considere a opinião da criança ou do adolescente, todo um processo prévio deve ser observado, no qual o adulto responsável pela criança ou adolescente proporciona meios para que estes elaborem sua posição.

Não abordaremos aqui acerca de técnicas sociais ou psicológicas de como seria possível levar em conta a opinião de uma criança ou adolescente, e sim, em âmbito jurídico e considerando o papel daqueles que estão incumbidos dos cuidados da criança ou do adolescente, como deve se dar a construção das opiniões com base na autonomia progressiva e melhor interesse.

Um método muito interessante diz respeito à autodeterminação dinâmica defendida por John Eekelaar¹⁷²⁻¹⁷³. Nesse método, busca-se o preenchimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente com a participação ativa destes, mas não na

¹⁷² EEKELAAR, John. The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law and Family*, Oxford, n. 8, n. 1, p. 42-61, Abr. 1994. p. 42-61.

¹⁷³ Em seu original na língua inglesa, John Eekelaar usa o termo *self-determinism*, o que literalmente traduzido ao português resultaria em autodeterminismo. No entanto, em nosso idioma, a tradução para autodeterminismo poderia conferir uma conotação diversa da pretendida, já que determinismo, segundo o dicionário Houaiss, expressa um princípio segundo o qual o comportamento humano estaria predeterminado, pois sua vontade estaria submetida a leis necessárias e imutáveis. Determinação, por seu turno, significa ato ou efeito de determinar(-se), que melhor representa o tema do qual estamos a tratar.

forma de um mero questionamento ou de uma entrevista isolada, e sim por meio de um processo que requer cooperação dos adultos responsáveis pela criança ou adolescente como informadores necessários para que a vontade da criança seja por ela expressada.

Assim, à criança seriam apresentados todos os resultados possíveis para determinada questão e, à medida em que se desenvolve, seria encorajada a contribuir com os resultados esperados. Nesse método, o acompanhamento é essencial e o processo seria dinâmico por reconhecer que o ideal para a criança nem sempre pode ser constatado no momento da decisão, podendo ser necessário ser revisto à medida que a criança cresce. Envolve autodeterminação porque a própria criança tem espaço para influenciar os resultados.

Para Eekelaar, não se trata de delegar a tomada de decisões à criança ou adolescente, e sim de guiá-los por meio de interação e informação a um resultado que será por eles próprios construído, mas não sozinhos, e sim com os adultos que por eles são responsáveis.

Essa ideia de autodeterminação que envolve uma dinâmica entre a criança e os adultos reflete muito a concepção atual da família democrática, em que não se verifica uma hierarquia entre seus membros e na qual as decisões não partem de um patriarca, mas são tomadas em conjunto a partir do diálogo.

No âmbito familiar, essa construção da autodeterminação e da tomada de decisões em respeito à autonomia progressiva decorre da autoridade parental que

[...] dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (do filho), valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. No seio familiar, a educação deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pela negociação e pelo diálogo. Os pais, então, colocam-se na posição de ajudar os filhos a se tornarem eles mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente¹⁷⁴.

Podemos assim conceber que, dentro da família democrática, funcionalizada a realizações pessoais de seus membros – porque baseada no afeto mútuo, e não nos vínculos de aliança (casamento) e sangue (filiação), como na família tradicional –, as decisões que digam respeito à criança e ao adolescente que não tenham ainda discernimento necessário para tomá-las por si sós também não são impostas de maneira heterônoma, mas partem de uma construção conjunta, respeitando a autonomia progressiva da criança e do adolescente mediante uma participação deles.

¹⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 213.

Decorre do poder familiar, em sua função educativa, promover a autodeterminação da criança e do adolescente na construção de soluções para as questões jurídicas que envolvam seus direitos existenciais. Essa tarefa está ligada à noção de que a função educativa ocupa o centro de gravidade das responsabilidades parentais no momento em que a função protetiva vai perdendo gradualmente peso na medida do crescimento dos filhos¹⁷⁵. De fato, nas fases em que a criança e o adolescente já podem expressar suas vontades, incumbe aos pais, no exercício da autoridade familiar em sua função educativa, conduzir-lhes à autonomia, como explica Teixeira:

Educar um menor, dando-lhe condições de desenvolver sua personalidade, para que seja ele próprio, revela-se um processo dialógico permanente, através do qual quem educa é também educado, construindo-se mutuamente a dignidade dos sujeitos envolvidos nesse processo [...] o poder familiar deve ser um veículo propiciador de autonomia ao menor, para que ele tenha condições de fazer suas próprias escolhas e exercer as próprias possibilidades¹⁷⁶.

Portanto, os pais conduzem a criança e o adolescente no processo decisório, nutrindo-lhes de informações, ideias, soluções para as situações existenciais e, ao final, o adulto confirma a posição adotada pela criança ou adolescente, se verificada uma decisão factível e aliada ao que se espera de uma pessoa dotada de discernimento.

Ao contrário, caso se verifique uma decisão que não possa ser implementada de forma realista ou com uma realização improvável no tempo pretendido pela criança, então também, com base na autoridade parental, nos deveres de cuidado e criação, o adulto responsável, contrariando o desejo da criança naquele momento, saberá, pautado pelo afeto da relação parental, tomar a melhor decisão.

Há de se presumir, portanto, sempre que possível, que a “a melhor resposta para qualquer questão que tenha surgido pode estar dentro da criança, mesmo que ela possa precisar de direção para uma acomodação com o mundo social que a cerca”¹⁷⁷. Desse modo, a falta de discernimento da criança ou adolescente, ou o discernimento reduzido em razão do estágio de desenvolvimento em que se encontrem, não é motivo para retirá-los do processo decisório; pelo contrário, a criança e o adolescente devem estar envolvidos nas questões que

¹⁷⁵ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 76-95.

¹⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 136-146.

¹⁷⁷ Tradução livre de: “[...] *the best response to whatever issue has arisen may lie within the child, even though the child may need direction to an accommodation with the social world surrounding it*” (EEKELAAR, John. The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law and Family*, Oxford, n. 8, n. 1, p. 42-61, Abr. 1994. p. 42-61).

lhes dizem respeito, mesmo que necessitem de um adulto que lhes conduza na tomada de decisões, de modo que esta não lhe seja imposta por meio autoritário, mas que eles possam compreender, mesmo que sua vontade não possa ser concretizada naquele momento, os motivos que justificam uma decisão externa.

4.3 Prevenção de danos. Quanto ao tempo da decisão e a ponderação de riscos e benefícios

Em tudo o que diz respeito à criança e ao adolescente o tempo é um fator importante a ser considerado, haja vista se tratar de um estágio da vida relativamente curto, e o rápido passar do tempo nas fases de infância e adolescência leva-nos a pensar na urgência de certos atos e decisões, uma vez que, diante de situações existenciais, o decorrer do tempo pode prejudicar o interessado não apenas no momento presente, mas levar a um prolongado agravo ou perda permanente.

Assim, nas situações jurídicas em que se sobressaia o aspecto existencial, é necessário observar a urgência na tomada de decisão, especialmente nos casos em que o passar do tempo possa acarretar prejuízo ao interessado, bem como o aspecto relativo à reversibilidade ou irreversibilidade das decisões deve ser considerado.

Essa preocupação relacionada ao tempo e à reversibilidade ou não da decisão tem a ver com a proteção da criança e do adolescente e com a prevenção de danos. Em interessante estudo sobre a tomada de decisões por crianças e adolescentes, Thais Sêco expõe um conjunto de variáveis com o intuito de auxiliar na resolução do problema atinente à autonomia, e assim coloca a adiabilidade e a reversibilidade das decisões como critérios de consideração¹⁷⁸.

Esse conjunto de variáveis tem como premissa a prevenção de danos decorrentes de uma decisão equivocada, apontando para o momento futuro, haja vista considerar a infância e a adolescência em seu aspecto passageiro:

¹⁷⁸ Resumidamente as variáveis seriam: (i) as decisões reversíveis e adiáveis as quais seriam relegadas à subjetividade, e deveriam ser tomadas em conjunto por pais e filhos por meio do diálogo familiar, como seriam os casos em que se deva decidir sobre local de residência ou mudanças, complemento de educação etc.; (ii) as decisões reversíveis e inadiáveis para as quais se deveria adotar o que é chamado em seu estudo de “sim objetivo”, que seriam aquelas situações em que o objetivo é de evitar danos, como a obrigatoriedade da vacinação, por exemplo; (iii) as decisões irreversíveis e adiáveis que seriam consideradas como o “não objetivo”, aquelas que, mesmo que concordem pais e filhos, deveriam ser proibidas aos menores, visto apresentar riscos de danos, tais como a procriação e iniciação sexual, ou a tatuagem; (iv) e, por fim, as decisões irreversíveis e inadiáveis que apresentam maiores dilemas e por isso demandariam análise mais aprofundada e possivelmente seriam dependentes de autorização judicial (SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos de personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.).

A consideração dinâmica do estado infantil ou adolescente está justamente em constatar que infância e adolescência não são características do “ser” da pessoa, mas do “estar”. Então, uma forma simples de minimizar os custos de uma decisão com potencial para ser drasticamente equivocada é adiá-la condicionando-a à aquisição da maioria ou, antes, a uma faixa etária que pareça adequada, em uma técnica que já é comum no ordenamento.¹⁷⁹

Os custos da decisão estão ligados à ideia de risco, que, por sua vez, observa-se com a questão da vulnerabilidade, como já tratamos. Dessarte, é certo que determinadas decisões só poderão ser tomadas pela própria criança ou adolescente quando reduzida a vulnerabilidade e aumentada a autonomia, em especial para quando se tenha um mínimo de certeza quanto à compreensão de seus efeitos pelo interessado. Contudo, aquelas decisões que não oferecem risco algum, ou em que o risco se apresente mínimo, podem muito bem ser tomadas de imediato pelo próprio titular de direito.

É que infância e adolescência, ainda que em determinado aspecto se apresentem como fases de preparação para a vida adulta, são também fases com características próprias do momento em que vividas e por isso, apesar de concordarmos com a necessidade de apreciação aprofundada, especialmente no que diz respeito às decisões irreversíveis, não podemos concordar com a premissa de que sejam infância e adolescência características do “estar” da pessoa, pois são, ao mesmo tempo, características do “ser” e do “estar”. Esse é o dinamismo de tais fases da vida que podem ser explicadas a partir dos conceitos aristotélicos de potência e ato: a criança e o adolescente, enquanto adultos em potência, são criança e adolescente em ato.

Nesse passo, importa ponderar que, ainda que a infância e a adolescência sejam momentos transitórios da vida, a própria vida de todos nós apresenta-se frágil e o futuro é sempre incerto. Assim como os adultos, crianças e adolescentes estão sujeitos a infortúnios que, infelizmente, fazem com que muitos deles nem sequer cheguem a se tornar adultos. Portanto, o adiamento de uma decisão que só fará sentido naquela fase específica poderá prejudicar muito mais ao interessado do que os riscos de eventuais danos futuros. Aliás, os riscos de danos, principalmente das decisões reversíveis, devem ser avaliados em sua real efetividade, não em simples arrependimento de uma decisão mal tomada. A tatuagem é um exemplo disso, porque reversível e adiável¹⁸⁰: um adolescente que pretenda uma tatuagem que reflita sua personalidade daquele momento poderá, quando adulto, pensar ter sido uma má

¹⁷⁹ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos de personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p. 122.

¹⁸⁰ Discordamos que a tatuagem seja irreversível e assim a colocamos no critério de decisões reversíveis diante das técnicas atuais de remoção.

ideia e sofrer as dificuldades da remoção ou se contentar em viver com a figura escolhida. No entanto, fazendo sentido tatuar-se naquele momento, a proibição implica violação a seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e ao exercício da autonomia existencial.

Outras decisões, mesmo irreversíveis, não acarretam danos no momento da decisão nem em momento futuro, como é o caso da doação de sangue. Ainda que pensemos que um adolescente venha a se arrepender de realizar tal ato, não poderá tornar o sangue doado ao seu corpo; a reversibilidade ocorre pela própria natureza, pela recomposição feita pelo próprio organismo, mas o que foi doado assim está. Nessa situação, a adiabilidade não faz a menor diferença.

Existem, ainda, situações em que os danos já estão a ocorrer na infância ou adolescência, e o adiamento só fará elevar esse dano por seu prolongamento no tempo, podendo, inclusive, repercutir na vida adulta, como nos casos de decisões a respeito da alteração do nome em documentos pessoais por aquele que carregue um nome vexatório, ou nas situações de adoção de nome social pela criança ou adolescente transexual, ou também como em casos de pais separados em que não se permita ao filho escolher com qual dos genitores residirá.

Trata-se tais decisões de verdadeiro exercício de autonomia existencial de eficácia pessoal, explicada por Viveiros de Castro como aquelas

[...] decorrentes de exercício de situação subjetiva cuja realização de interesses existenciais implica consequências relevantes unicamente na esfera jurídica de seu titular. Trata-se de situação que não produz efeitos jurídicos imediatos que acarretem lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros¹⁸¹.

Antes de tudo, tais decisões refletem diretamente na esfera jurídica da própria pessoa.

Assim, a adiabilidade das decisões só pode ser justificada sob o aspecto da prevenção de danos futuros que se mostrem mais elevados quando ponderados os riscos e os benefícios da época em que seja ou que deva ser tomada a decisão, e não do simples arrependimento futuro. Se a decisão se mostra benéfica à criança ou adolescente, a especulação dos benefícios ao futuro adulto ocupa menor relevância.

Certas decisões são inadiáveis do ponto de vista de prevenção de danos, os quais se verificam nas próprias fases de infância e adolescência. Os danos psicológicos, morais e sociais também estão aí incluídos, os que atingem a pessoa em sua forma de se reconhecer e

¹⁸¹ CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 62.

se relacionar com o mundo. O *bullying*, como prática que conduz a danos muitas vezes irreversíveis, pode ser prevenido, por exemplo, ao se respeitar a vontade da criança ou do adolescente de mudança de ambiente escolar, decisão inadiável, visto que o tempo escolar não volta atrás e torna irreversível o dano causado. A alteração de nome vexatório pode ser adiável do ponto de vista jurídico, pois poderá ser requerida quando a pessoa atingir a maioridade, mas, quanto à análise dos danos provocados e prolongados no tempo, mostra-se inadiável, o que nos faz concluir que independe da vontade dos pais ou responsáveis, sendo da própria criança ou do adolescente a decisão relacionada à alteração do nome que lhe cause real constrangimento.

Ficamos, por ora, apenas com esses poucos exemplos que provocam a reflexão acerca do tempo de decisões que devem ser tomadas ainda nas fases da infância ou adolescência, visto que adiá-las ao momento da maioridade podem ensejar danos nessas etapas da vida e ainda produzir efeitos danosos ao futuro adulto.

A ponderação de riscos de danos e de benefícios é tarefa difícil tratando-se de crianças e adolescentes, e, nessa linha, a bioética pode nos dar uma pista do caminho a seguir por meio de seus princípios da não-maleficência e da beneficência que, se aplicados ao tema em estudo, são valiosos auxiliares na preocupação com a prevenção de danos.

Isso porque, na bioética, observa-se certa superioridade do ponto de vista técnico do profissional com relação àquele que está sob seus cuidados, assim como a criança e o adolescente que, por ocuparem posição de vulnerabilidade, estão entregues aos cuidados de seus pais ou responsáveis. Mais do que um princípio, Dworkin trata da beneficência como um direito daquele que tem seus cuidados confiados a outra pessoa, e esta deverá por aquele decidir de modo que suas decisões atendam aos interesses fundamentais daquele que está sujeito aos cuidados¹⁸².

Na bioética, princípios de beneficência e de não-maleficência são complementares, sendo o primeiro observado a partir de condutas ativas e o segundo, pela omissão, o que significa dizer que, no campo bioético, procura-se ao máximo beneficiar o interessado sem lhe causar mal.

Por ser o princípio da não-maleficência observado no sentido negativo e, portanto, expressado por omissão de atos que impliquem malefício, o princípio da beneficência, por sua vez, exige uma conduta ativa, sendo aí o espaço para dilemas entre a autonomia e os atos de paternalismo que visem o benefício da pessoa.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 326.

De acordo com a doutrina principialista de Beauchamp e Childress¹⁸³, existem dois princípios de beneficência, a saber: a beneficência positiva, que implica propiciar benefícios; e a beneficência utilidade, que exige uma ponderação entre desvantagens e benefícios. A análise dos riscos e benefícios encontra-se justamente na beneficência utilidade e a ponderação tem como objetivo maximizar os benefícios e minimizar os riscos a partir da investigação acerca da natureza dos custos, riscos e benefícios, da análise do custo-benefício e do custo-eficácia, e de uma avaliação quanto aos riscos.

Nessa linha, Beauchamp e Childress desenvolvem uma metodologia que aponta para a necessidade de ponderação entre os benefícios, custos e riscos. Para eles, o termo risco sugere uma probabilidade quanto à experimentação de um dano e algumas vezes se refere à severidade ou magnitude do dano caso ocorra, enquanto benefício é o termo que faz referência à redução dos custos e riscos, porém no campo da biomedicina preconiza um valor positivo, como a vida ou a saúde.

A ponderação dos riscos e benefícios implica valorar quais são os riscos aceitáveis, dentro de uma probabilidade de que ocorram para que um benefício seja propiciado. Uma vez identificados os riscos e estimada sua probabilidade, passa-se à valoração quanto à sua aceitabilidade para o fim pretendido. Assim, equalizada a magnitude do benefício almejado com a probabilidade da ocorrência de um dano e sua severidade, passa-se ao último estágio, que é o da administração dos riscos, que constitui “o conjunto de respostas individuais ou institucionais à análise e à avaliação dos riscos, incluindo as decisões de reduzi-los ou de controlá-los”¹⁸⁴.

Assim como na bioética, também no campo da infância e adolescência devem ser ponderados os riscos e os benefícios, sendo importante observar em que medida a situação impõe uma decisão que faça cessar ou que evite danos à criança e ao adolescente e quais os riscos podem ser assumidos ou devem ser administrados. Apresentando-se os riscos elevados à criança ou adolescente, tem-se justificado o adiamento, mas, se os danos já estão a ocorrer na própria fase de infância ou adolescência, a avaliação dos riscos deve considerar em que proporção a decisão pode elevar esses danos ou se, ponderados os riscos, outras medidas paliativas podem ser adotadas com o objetivo de, ao mesmo tempo, cessar, abrandar ou mesmo fazer cessar situação já danosa.

¹⁸³ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 318-350.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 325.

4.4 Aplicação da autonomia da criança e do adolescente no exercício de direitos da personalidade

Uma vez que nas situações jurídicas em que se sobressaia o caráter patrimonial as regras relativas ao sistema das incapacidades são suficientes à proteção da criança e do adolescente e adequadas à segurança jurídica, temos que a autonomia progressiva está ligada aos interesses e exercício dos direitos de personalidade, visto que são esses direitos que se encontram no centro de imputação nas situações jurídicas existenciais. Os direitos da personalidade, como explica Gogliano,

[...] são os direitos subjetivos particulares, que constituem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e assim asseguradas pelos meios de direitos para fruir e dispor, como senhor, dos atributos essenciais da sua personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da existência e da liberdade pela necessidade da preservação e do resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento¹⁸⁵.

Personalidade, por sua vez, é o nome que se dá ao conjunto de poderes conferidos à pessoa para figurar nas relações jurídicas¹⁸⁶, consistindo na possibilidade ou suscetibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações.

Francisco Amaral alude que a personalidade é a qualidade do ser humano, da pessoa, o que lhe possibilita a participação em relações jurídicas, sendo titular de direitos e deveres¹⁸⁷. Nessa mesma linha são as lições de Limongi França, para quem a “personalidade é a qualidade do ente que se considera pessoa”¹⁸⁸.

De fato, como ensina Daisy Gogliano, pessoa e personalidade são consideradas “como duas zonas concêntricas, em que a primeira está contida na segunda, considerando-se, assim, a personalidade como a perfeição da pessoa”¹⁸⁹.

Para Rubens Limongi França, na atualidade, há uma coincidência entre a noção de pessoa para a filosofia e para a ciência jurídica, porque somente o ser humano é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações¹⁹⁰.

¹⁸⁵ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 229.

¹⁸⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 169.

¹⁸⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 213.

¹⁸⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. v. 1. p. 147.

¹⁸⁹ GOGLIANO, Daisy. *Op. cit.*, p. 144.

¹⁹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Op. cit.*, p. 139.

Entender o que é a pessoa, ou melhor, quem é a pessoa, é importante para a compreensão da personalidade, pois “é partindo da noção de pessoa que se ascende à nítida significação de personalidade”¹⁹¹.

Neste ponto, importante tratar do sujeito de direito, categoria que por vezes assume a mesma conotação de pessoa participante da relação jurídica. Sem nos atermos à etimologia do termo *sujeito*, observamos que este é entendido como “o detentor da faculdade ou responsável pela obrigação, uma e outra oriundas da aplicação da regra ao caso concreto”¹⁹².

Esse sujeito, contudo, visto sob uma fórmula abstrata e geral, reclama hoje em dia uma reformulação na qual volta-se o foco à pessoa em si e individualmente considerada. É o que propõe Rodotà¹⁹³ ao ressignificar o sujeito, voltando-se à pessoa com a consideração de todos os seus predicados que a afastam da generalidade, de modo a considerar a realidade concretamente posta e que, por vezes, não se encaixa nos modelos previamente estabelecidos sob uma generalidade excludente.

Da noção abstrata do sujeito de direito voltamo-nos então à criança e ao adolescente como pessoas, assim qualificados como pessoas em desenvolvimento, que, não por serem incapazes são menos pessoas, como diz Amaral: “Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”¹⁹⁴. Logo, se pessoas são, recebem também da ordem jurídica todos os atributos inerentes à personalidade.

Entre os inúmeros direitos da personalidade, escolhemos tratar do direito ao corpo e do direito ao nome, sem prejuízo dos demais, para demonstrar a aplicação da autonomia progressiva da criança e do adolescente e de sua dissociabilidade do sistema das incapacidades, quando verificados na criança ou no adolescente os critérios anteriormente especificados de maturidade e discernimento.

4.4.1 Autonomia corporal e questões relacionadas à saúde

Talvez um dos campos em que o tema apresente maiores controvérsias e que, embora delicado, tem demonstrado uma profunda preocupação a respeito das escolhas da

¹⁹¹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 144.

¹⁹² FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. v. 1. p. 138.

¹⁹³ RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica. *Filosofia Politica*, v. 21, n. 3, p. 365-378, 2007. p. 365-378.

¹⁹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 381.

criança e do adolescente e a sua autodeterminação sejam as questões relacionadas à saúde e ao corpo.

A saúde envolve diversos outros direitos, como as decisões sobre o próprio corpo, o sigilo, a escolha por tratamentos disponíveis ou mesmo a recusa a eles, enfim, questões éticas e morais que, por vezes, não se pode relegar que sejam decididas por uma pessoa que não demonstre capacidade suficiente para tal tarefa, mesmo que a ela mesma se refiram.

Por outro lado, mostra-se também demasiado invasivo em certas circunstâncias que uma pessoa que apresente capacidade de discernimento deva ser submetida às decisões de outras pessoas sobre questões tão íntimas e personalíssimas.

É que o corpo é a materialização da pessoa¹⁹⁵, não sendo possível separar pessoa e corpo¹⁹⁶, porque o corpo é a própria pessoa¹⁹⁷. No direito privado, o corpo é tutelado como atributo da personalidade¹⁹⁸, desdobramento do princípio constitucional da dignidade humana¹⁹⁹.

No questionamento de Rodotà, “di chi è il corpo?”²⁰⁰, está ínsita a provocação acerca da autonomia corporal. Não se trata, na atualidade, de indagar sobre a propriedade do corpo, o que revelaria um viés patrimonialista, mas de voltar-se à capacidade de autodeterminação por meio do próprio corpo, de exercício da autonomia corporal, algo nem sempre reconhecido ao longo da história. Basta lembrar a relação de dominação sobre seres humanos escravizados que tiveram seus corpos submetidos aos trabalhos forçados e castigos dos mais atrozes; mais recentemente, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), com o intuito de coibir a violência doméstica contra a mulher e punir os agressores, e a Lei da Palmada (Lei 13.010/2014), que previu a educação de crianças e adolescentes livre de castigos físicos, também avançam sobre um antigo tema relacionado à submissão de uma pessoa à outra, algo impensável nos dias atuais, considerando a tutela da dignidade da pessoa humana.

Ligada à liberdade está, assim, a tutela do corpo, na qual se incluem o direito à saúde e o dever de abstenção de toda e qualquer forma de lesão ao corpo alheio. Como direito

¹⁹⁵ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos; YOUNG, Beatriz Capanema. Capacidade civil e disposição do próprio corpo. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVEIRA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 13-34.

¹⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. *E-book*. Versão Kindle, posição 6595.

¹⁹⁷ PROST, Antoine. Fronteiras do espaço privado. In: VICENTE, Gérard (org.). *História da vida privada: da primeira guerra aos nossos dias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 5.

¹⁹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. p. 441. Versão Kindle.

¹⁹⁹ CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 15.

²⁰⁰ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Milano: Feltrinelli, 2018. p. 72. *E-book*. Versão Kindle.

de personalidade, não se mostra possível que outra pessoa, que não a própria, possa exercê-lo. Uma das características dos direitos de personalidade é justamente sua intransmissibilidade²⁰¹ e, assim, o direito ao próprio corpo não admite que seja exercitado por terceira pessoa, não se fala em separação entre a titularidade de um direito personalíssimo e seu exercício, como ocorre nas situações patrimoniais, porque inseparáveis de seu titular²⁰².

Como expressão da personalidade, no entanto, ainda que se entenda pelo seu livre desenvolvimento, não significa que não possa haver restrições ao exercício de direitos pelo próprio titular, a regra que veda a disposição do próprio corpo ou partes dele, com exceção de exigência médica (artigo 13 do Código Civil) e da regulamentação sobre os transplantes, que demonstram isso.

No caso de crianças e adolescentes, as restrições são impostas em atenção à proteção integral em razão da vulnerabilidade da pessoa em desenvolvimento. Dessarte, o adulto que por ela é responsável não exerce ele próprio qualquer direito sobre o corpo da criança ou do adolescente, e sim, em cumprimento de seu dever de cuidado, impõe certos limites de acordo com o grau de desenvolvimento e conduz determinados atos quando não verificado ainda o discernimento da criança ou do adolescente. Tal deve ser feito sempre em face do melhor interesse e seguindo-se a autodeterminação dinâmica, explicando à criança os motivos de certas restrições e ensinando-a como agir em situações que digam respeito a seu corpo, objetivando a futura autonomia que virá quando atingidos os graus de desenvolvimento seguintes.

Assim ocorre, por exemplo, desde os primeiros anos de vida em situações simples, quando os pais ensinam os filhos os cuidados com higiene e depois a própria criança se torna responsável por tais cuidados. Superada essa vulnerabilidade individual, a criança adquire autonomia corporal nesse aspecto.

Nos itens 3.4 e 4.1, tratamos da capacidade de discernimento como sendo aquela em que a pessoa consegue externar a compreensão da situação e decidir racionalmente por maneira esperada de uma pessoa comum e capaz de fato.

Abordamos, em certa medida, no item 4.1, a respeito das diversas idades em que se reconhece uma espécie de capacidade sanitária no direito internacional, mas com o intuito de justificar uma possível presunção de discernimento aos 14 anos para o exercício da autonomia em situações existenciais, as quais não envolvem apenas as questões relacionadas

²⁰¹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 239-240.

²⁰² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 422.

à saúde. No presente tópico, trataremos de maneira mais específica acerca da autonomia da criança e do adolescente nas situações em que sua saúde está envolvida, como recusa o atendimento e aconselhamento médico, métodos contraceptivos, sigilo de suas informações médicas e, também, sobre decisões que envolvem o próprio corpo.

No âmbito da relação médico-paciente, o elemento necessário para a atuação do profissional de saúde e aplicação da terapêutica é o consentimento informado, o qual se traduz na devida explanação pelo profissional médico ao paciente sobre o diagnóstico deste, os tratamentos disponíveis com os respectivos riscos e benefícios, em suma, constitui o meio pelo qual o paciente recebe a informação de seu estado de saúde e, uma vez esclarecido, externa sua vontade de aderir a determinado tratamento entre os disponíveis ou até mesmo a não se submeter a nenhum deles.

Sobre o tema, Genival Veloso de França explica que, em análise pela perspectiva da ética médica, certas decisões devem ser respeitadas, ainda que externadas por pessoas que, pelo prisma legal, seriam consideradas incapazes, pois a capacidade no âmbito das ciências médicas não apresenta a rigidez da capacidade civil, e exemplifica que “portadores de transtornos mentais, mesmo legalmente incapazes, não devem ser declarados isentos de sua capacidade de decidir”²⁰³.

Os transtornos mentais, como é cediço, possuem gradações diversas, que podem ir desde o grau mínimo, não afetando ou pouco afetando a capacidade de discernimento da pessoa, até o máximo, em que sua racionalidade é completamente comprometida.

Portanto, a partir do momento em que a pessoa apresenta a aptidão para compreender e decidir, é irrelevante o transtorno de que sofre.

Em crianças e adolescentes, como vimos, o discernimento também é gradual, mas vai do mínimo ao máximo em razão dos estágios de desenvolvimento, das etapas da vida e de amadurecimento, daí não se poder tratar de igual forma um recém-nascido e um adolescente às vésperas de atingir a plena capacidade de fato.

Com efeito, o que importa é a capacidade para consentir no tratamento, o que Brunello de Souza Stancioli chama de “capacidade de entendimento, que denota o poder de decisão fundado na maturidade e educação”²⁰⁴. É, portanto, específica e, embora possa buscar o primeiro parâmetro na capacidade civil, não está a ela adstrita, pois a capacidade de

²⁰³ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

²⁰⁴ STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 45 *apud* SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 108.

discernimento, como já exposto, é verificável de acordo com o estágio de desenvolvimento da criança e do adolescente.

Em sentido contrário, Adriana Maluf, apesar de reconhecer a possibilidade da capacidade de autodeterminação dos civilmente incapazes, diz que essa capacidade de autodeterminação só pode ser verificável do ponto de vista ético-filosófico, de sorte que legalmente o consentimento conferido por um incapaz na ordem civil não terá validade jurídica²⁰⁵.

O tema é de fato complexo, mas, como vimos, a capacidade de discernimento não é concomitante com a capacidade civil de fato, e, em tais casos, analisadas bem as coisas, a vontade da pessoa deve prevalecer.

O emblemático caso *Gillick vs. Norfolk*²⁰⁶ pode ilustrar a hipótese de conflito entre o responsável e a pessoa do incapaz (de fato). Esse caso, que também ocorreu na Inglaterra, tratou de um embate entre uma mãe de quatro filhas menores de 16 anos e a autoridade local de saúde, a qual emitira uma orientação relativa à procura por adolescentes de métodos contraceptivos. A Sra. Gillick, que na época, além das quatro filhas menores de 16 anos, estava grávida da quinta filha, trocou correspondências com o departamento de saúde, nas quais, em resumo, proibia que fossem fornecidos aconselhamentos e prescrições de métodos contraceptivos às suas filhas sem seu conhecimento e consentimento.

A questão foi judicializada e do debate surgiram os questionamentos centrais, indagando-se, além do problema da interação da autoridade parental com os deveres médicos, sobre a capacidade de consentir de um adolescente menor de 16 anos.

O resultado foi a vitória do *Department of Health and Social Security* (DHSS), mas não sem caloroso embate entre os julgadores, que se dividiram entre a autoridade dos pais, que envolve os deveres de cuidado e vigilância, e o direito do adolescente em buscar tratamentos de saúde sem o conhecimento e consentimento de seus pais ou tutores.

Em suas razões de decidir, Lord Scarman entendeu que, no âmbito da autoridade parental, os pais só podem estabelecer se um filho menor de 16 anos receberá determinado tratamento enquanto este não alcançar entendimento e inteligência suficientes que o possibilitem a compreender completamente o que lhe é proposto. Uma vez atingido tal grau

²⁰⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 460.

²⁰⁶ BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE. The Law Reports (Appeal Cases). *Gillick*. Respondent and west norfolk and wisbech area health authority first appellants and department of health and social security second appellants. [1986]. Disponível em: [http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1985/7.html&query=\(gillick\)#disp4](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1985/7.html&query=(gillick)#disp4). Acesso em: 29 maio 2019.

de entendimento, cessa a autoridade sobre os filhos na questão sanitária e assim prevalece a vontade destes²⁰⁷.

Lord Scarman seguiu o raciocínio de Lord Fraser, para quem seria um absurdo, por exemplo, que uma criança com 15 anos não pudesse consentir um exame trivial como um braço quebrado, e que, desde que possa compreender o que lhe é proposto, não haveria razão para não aceitar seu consentimento como válido²⁰⁸.

Nota-se, no referido caso, que o que leva a uma autonomia no campo da saúde da pessoa não são critérios genéricos como o etário, mas sim a compreensão do que se propõe, ou seja, a capacidade de discernimento.

O Código Civil espanhol, no artigo 162.1, exclui do poder familiar os atos relativos aos direitos de personalidade de acordo com a maturidade do menor, o que já seria suficiente para conferir-lhe prevalência nas decisões relacionadas à sua saúde, mas em matéria sanitária a Lei 41/2002, de 14 de novembro, prevê em seu artigo 5²⁰⁹ que o titular do direito à informação é o paciente, mesmo em casos em que seja incapaz, hipótese em que a informação deve se dar de maneira adequada a suas possibilidades de compreensão, e, no

²⁰⁷ Lord Scarman: *“In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law. Until the child achieves the capacity to consent, the parental right to make the decision continues save only in exceptional circumstances. Emergency, parental neglect, abandonment of the child, or inability to find the parent are examples of exceptional situations justifying the doctor proceeding to treat the child without parental knowledge and consent: but there will arise, no doubt, other exceptional situations in which it will be reasonable for the doctor to proceed without the parent's consent”*.

²⁰⁸ Lord Fraser of Tullybelton: *“That seems to me so surprising that I cannot accept it in the absence of clear provisions to that effect. It seems to me verging on the absurd to suggest that a girl or a boy aged 15 could not effectively consent, for example, to have a medical examination of some trivial injury to his body or even to have a broken arm set. Of course the consent of the parents should normally be asked, but they may not be immediately available. Provided the patient, whether a boy or a girl, is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorise the medical man to make the examination or give the treatment which he advises. After all, a minor under the age of 16 can, within certain limits, enter into a contract. He or she can also sue and be sued, and can give evidence on oath”*.

²⁰⁹ *“Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.*

1. *El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.*
 2. *El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.*
 3. *Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
 4. *El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.*
- Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.”*

artigo 9.3²¹⁰, indica os limites do consentimento informado e trata do consentimento por representação àqueles que não sejam capazes intelectual e emocionalmente de compreender o ato médico.

O dispositivo é de fato um tanto confuso, mesmo para os juristas espanhóis, de modo que, segundo Huidobro de Carlos, tem levado a doutrina a estabelecer três etapas para o consentimento dos menores:

- 1.º Até os doze anos, consentem por representação os seus pais (ou representantes legais); caso tenha maturidade suficiente se pode escutá-lo.
- 2.º De 12 a 16 anos, consentem por representação de seus pais (ou representantes legais), necessariamente ouvido o menor.
- 3.º De 16 anos a 18 anos (ou emancipados): não cabe o consentimento por representação, pois se considera menor maduro, dando lugar a maioridade sanitária [...] ²¹¹.

A lei espanhola parece mesclar critérios objetivos (etário) com subjetivos (compreensão), mas o que nos chama a atenção é justamente que, em certas circunstâncias, o consentimento do menor é válido a depender de sua capacidade de discernimento.

No direito italiano, também é possível encontrar alguns exemplos em que o menor exerce sua autodeterminação nas questões relacionadas à saúde por meio do consentimento informado sem a intervenção de seus responsáveis.

A Lei 194, de 22 de maio de 1978, que trata da prevenção, cura e reabilitação de dependentes químicos, estabelece no artigo 95 que o pedido de diagnóstico, tratamento e reabilitação pode ser feito pela própria pessoa, prevendo que este pode ser menor. Além disso, a referida norma prevê a possibilidade de anonimato a requerimento do interessado, o que

²¹⁰ “Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

[...]

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Quando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”

²¹¹ HUIDOBRO DE CARLOS, José Maria Ruiz de. El valor jurídico de las decisiones del menor maduro. In: DE LA TORRE, Javier (ed.). *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2011. p. 132. Em tradução livre do original: “1.º Hasta los doce años, consienten por representación sus padres (o protectores legales); en caso de que tenga madurez suficiente se le puede escuchar. 2.º De 12 a 16 años, consienten por representación sus padres (o protectores legales), oído necesariamente el menor. 3.º De 16 años a 18 años (o emancipados): no cabe el consentimiento por representación, pues se le considera menor maduro, dando lugar a la mayoría de edad sanitaria”.

denota respeito à intimidade da pessoa. Nesse mesmo sentido é o artigo 120 do Decreto Presidencial 309, de outubro de 1990.

Em matéria de direitos reprodutivos, a legislação italiana também privilegia a autodeterminação da adolescente: a Lei 194/1978 prevê a possibilidade de a adolescente procurar os serviços de saúde para fins de aconselhamento e escolhas relativas à procriação responsável sem a interferência de seus responsáveis (artigo 2.º), podendo buscar a prescrição de métodos contraceptivos.

Em caso de interrupção da gravidez, alguns aspectos devem ser observados (artigo 12): o critério geral é o consentimento dos responsáveis, mas, nos primeiros 90 dias de gestação, em casos de risco e urgência e quando há motivos que impeçam a consulta aos responsáveis, o médico deve proceder a um relatório e, com base neste, o juiz tutelar suprirá o consentimento. No entanto, esse suprimento deve ser precedido da oitiva da gestante menor que expressa sua vontade na interrupção da gravidez. Esse procedimento é considerado também nos casos de recusa ou desacordo dos responsáveis.

Importante notar que a sentença 196, de 25 de maio de 1987, da Corte Constitucional italiana, ao apreciar a constitucionalidade dos artigos 9 e 12 da referida Lei 194/1978, entendeu que a autorização do juiz tutelar é meramente integrativa da vontade da menor, somente para decidir, e não para a interrupção ou não da gravidez, o que compete apenas à gestante, seja ela menor ou não.

Daí se extrai que, pelo que entendeu a Corte Constitucional, a autorização judicial opera no plano externo, a saber, a autorização para a tomada de decisão, enquanto a decisão em si ocorre no plano interno, qual seja, a vontade da própria adolescente, vale dizer, inexistente uma autorização para interromper a gravidez, mas sim uma autorização para decidir sobre dita interrupção.

Para tanto, certamente o juiz deverá observar o que já aludimos, como a capacidade de discernimento. Em outras palavras, ao juiz competirá em tais circunstâncias verificar apenas se a menor possui capacidade para discernir, mas, uma vez verificado o discernimento da adolescente, nada resta a não ser atribuir a esta o poder de decisão sobre o procedimento da interrupção ou não da gravidez.

Outro ponto interessante na legislação italiana diz respeito ao pedido de testagem para diagnóstico de infecção pelo HIV. Entende-se que a solicitação pode ser feita pelo adolescente, embora a Lei 135, de 5 de junho de 1990, nada trate expressamente a respeito. O disposto na lei relativa ao diagnóstico e tratamento de toxicod dependência também aqui se aplicaria, pois o artigo 5.º da Lei 135/1990 estabelece o anonimato e a intimidade do paciente,

e o parágrafo 5 do dispositivo diz que a infecção confirmada não pode servir de motivo para discriminação, entre outras, em particular, para fins de matrícula escolar.

Contudo, nessa matéria relacionada ao consentimento informado, a norma na legislação italiana que assume maior contundência e expressamente proíbe qualquer ato contrário à vontade do incapaz é o Decreto Legislativo 211, de 24 de junho de 2003, que trata da boa prática clínica de execução de experimentação clínica de medicamentos para uso clínico.

O referido decreto, no artigo 4.º, prevê o consentimento dos responsáveis, mas estabelece como requisito que o menor tenha recebido informações proporcionais a sua capacidade de compreensão, a fim de saber dos riscos e benefícios do experimento, e na alínea “c” traz explícita a capacidade de discernimento, podendo o paciente retirar-se da pesquisa a qualquer momento, revogando-se assim o consentimento.

Sobre a capacidade de discernimento, Perlingieri diz que esta deve ser observada se o menor é capaz de apresentar discernimento tal qual uma pessoa adulta, sendo essa avaliação conjugada com o dever de cuidado dos pais e a formação do menor:

[...] terá que se estabelecer se o menor tem ou não a capacidade ou, se preferir, o discernimento para tomar uma decisão com a mesma consciência com que um adulto a tomaria. Isso não significa que a apuração da capacidade de discernimento implique a prevalência automática da tese do menor em relação à oposição dos pais, uma vez que também deve ser avaliado o interesse objetivo do cuidado e da educação do filho²¹².

Em matéria de legislação estrangeira sobre o tema, merece ainda destacar o já aludido Código Civil da Argentina, que traz regra específica a respeito da presunção de aptidão para tratamentos não invasivos aos 13 anos, e que aos 16 anos o adolescente é equiparado a um adulto para decisões sanitárias.

No Brasil, parece haver pouca preocupação com o tema; não há lei específica e a doutrina dele pouco se ocupa.

O Código de Ética Médica, no artigo 74²¹³, estabelece o dever de sigilo profissional em respeito ao paciente menor que tenha a capacidade de discernimento, devendo

²¹² PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Libro I: Delle persona e della famiglia. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 1991. p. 774. Tradução livre do original: “[...] si dovrà stabilire se il minore abbia oppure no la capacità o, se si preferisce, il discernimento per prendere una decisione con la medesima consapevolezza con cui la prenderebbe una persona adulta. Il che non significa che l'accertamento della capacità di discernimento comporti l'automatica prevalenza della tesi del minore rispetto alla contrapposta posizione dei genitori, poiché dev'essere valutato anche l'interesse oggettivo della cura della persona minore e della sua educazione”.

²¹³ “Capítulo IX
Sigilo profissional
É vedado ao médico:

o dito sigilo ser resguardado inclusive em face dos pais ou responsáveis, e prevê, em conjunto com o consentimento dos pais ou responsáveis, a necessidade do assentimento livre e esclarecido do próprio menor que venha a ser submetido à pesquisa médica²¹⁴.

Na apresentação do referido código, o então presidente do Conselho Federal de Medicina assim se manifestou: “As inovações estendem-se ao nível de se recomendar a obtenção do assentimento de menor de idade em qualquer ato médico a ser realizado, pois a criança tem o direito de saber o que será feito com o seu corpo”²¹⁵.

Pode-se dizer, assim, que o código deontológico gradua as condutas médicas de acordo com a seriedade do procedimento, pois se preocupa com o sigilo mesmo quando o paciente é menor, mas, tratando-se de pesquisas médicas, exige o consentimento dos responsáveis.

Nesse passo, é importante notar que o Estatuto da Criança e do Adolescente inclui, no artigo 15, o direito ao respeito, o qual abrange, nos termos do artigo 17, a preservação da autonomia. Essa autonomia, contudo, não pode ser entendida como irrestrita e abrangente, antes deve considerar tratar-se de pessoa vulnerável, em desenvolvimento e sujeita aos cuidados dos pais ou tutores.

Esse cuidado, o qual para o menor é um direito, revela-se aos pais e tutores como um dever, em conformidade com o Código Civil (artigo 1.634), de modo que compete a estes últimos dosar qual a extensão da autonomia que será conferida ao menor na medida da gradual maturidade destes, havendo determinados atos em que, em cumprimento ao artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se verifica necessária a intervenção dos pais ou responsáveis, especialmente se o adolescente já demonstra discernimento suficiente.

Hão de se ponderar, portanto, as situações em que será dispensável o consentimento dos responsáveis e aquelas em que, em razão do grau de cuidado, é exigível o acompanhamento dos pais ou tutores.

[...]

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.”

²¹⁴ “Capítulo XII

Ensino e pesquisa médica

É vedado ao médico:

[...]

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.”

²¹⁵ D’AVILA, Roberto Luiz. *Código de Ética Médica*: Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Versão de bolso.

Um exemplo diz respeito ao transplante de medula óssea, cuja doação é permitida que seja realizada pelo incapaz, desde que com consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais, e ainda com a autorização judicial, sempre que não ofereça riscos à saúde do doador, segundo a Lei 9.434/1997, artigo 9.º, § 6.º. Essa segurança é justificável, pois, apesar de a medula do doador se recompor em poucos dias, sua retirada exige procedimento invasivo e sob anestesia peridural ou geral.

A mesma Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos é menos rigorosa ao receptor juridicamente incapaz, cujo consentimento pode ser dado por apenas um dos pais ou responsáveis (artigo 10, § 1.º) e para o autotransplante, que segue a mesma exigência (artigo 9.º, § 8.º).

A doação de sangue está excluída da referida Lei de Transplantes (art. 1.º, parágrafo único) e é regulada pela Portaria 1.313/2011, do Ministério da Saúde, que permite a doação por pessoa juridicamente relativamente incapaz com o consentimento formal do responsável legal para cada doação, incluindo em tal consentimento a autorização para o recebimento dos resultados de triagem. No entanto, é interessante notar que o consentimento dado pelo responsável do menor limita-se a autorizar a doação e os demais procedimentos advindos do referido ato, mas a partir de então os resultados da triagem, que incluem a pesquisa clínica e laboratorial do doador para atestar sua aptidão ou inaptidão à doação, só podem ser entregues ao próprio doador, não sendo permitida a entrega nem mesmo a seus responsáveis, o que sugere o sigilo das informações clínicas²¹⁶.

A crítica que se faz é que a exigência de autorização dos responsáveis para uma simples doação de sangue parece um tanto exagerada, sendo procedimento que não envolve riscos ao doador, e não há como compará-lo a um transplante de órgãos. Se em situações patrimoniais, como a aceitação do mandato (artigo 666 do Código Civil), ou para dispor por testamento (artigo 1.860 do Código Civil), o maior de 16 anos não necessita de assistência,

²¹⁶ “Art. 33. Para a seleção de doador, devem ser adotadas medidas e critérios que visem à proteção do doador.

[...]

§ 2.º O doador de sangue ou componentes deve ter idade entre 18 (dezoito) anos completos e 67 (sessenta e sete) anos, 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove) dias, sendo que:

I – podem ser aceitos candidatos à doação de sangue com idade de 16 (dezesesseis) e 17 (dezessete) anos, com o consentimento formal do responsável legal, para cada doação, sendo que:

a) o consentimento do responsável legal deverá incluir a autorização para o cumprimento de todas as exigências e responsabilidades previstas aos demais doadores na Seção II deste Regulamento, bem como para submeter-se a triagem clínica, realizar e receber os resultados da triagem laboratorial na forma prevista nos arts. 34, 35 e 36 deste Regulamento;

b) os resultados dos testes de triagem laboratorial do doador somente poderão ser entregues ao próprio doador, na forma prevista neste Regulamento, não sendo permitida a entrega a terceiros, nem aos seus responsáveis legais.”

não se afigura também lógico exigir uma autorização de seus responsáveis para uma doação de sangue²¹⁷.

Pense-se em um adolescente cujos pais não permitam a doação de sangue por questões de consciência religiosa das quais o adolescente não comungue: a negativa configuraria uma violação à autonomia do adolescente prevista no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 15 e 17) e uma imposição de comportamento religioso a quem não professa a mesma fé de seus genitores ou responsáveis, contrariando o artigo 16, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 5.º, VIII, da Constituição Federal.

Nesse aspecto, das situações relacionadas à saúde e ao corpo, cabe também tratar das modificações corporais, sejam para fins estéticos ou com finalidade terapêutica.

Um estudo revelou que as cirurgias mais procuradas por pessoas com idade inferior a 18 anos referem-se a aumento ou diminuição dos seios nas adolescentes, ginecomastia nos adolescentes, lipoaspiração, rinoplastia (em média 14-15 anos para as adolescentes e 16-18 anos para os adolescentes) e as cirurgias para correção de orelhas²¹⁸.

Como vimos anteriormente, as situações relacionadas à saúde exigem a análise do discernimento da criança e do adolescente e, no caso de cirurgias com finalidades estéticas, além dessa maturidade, mostra-se importante e necessário verificar a motivação de tal modificação corporal.

Salvo as cirurgias de correção de orelhas, geralmente realizadas ainda na primeira infância, as demais são usualmente solicitadas por adolescentes (mesmo porque indicada geralmente após o final do estirão de crescimento). A preocupação com a imagem é algo frequente nessa fase de vida diante da necessidade de aceitação nos grupos sociais, mas deve-se fazer a investigação das reais motivações da opção pelas cirurgias estéticas.

Com os avanços da medicina estética apresentam-se os avanços tecnológicos com o qual vivem os adolescentes da atualidade, os quais por vezes são impelidos por modismos. A onda de autorretratos em aparelhos celular, comumente conhecidos como *selfies*, a influência de celebridades de mídias sociais e a perseguição de um padrão estético ideal podem fazer com que o discernimento ceda às pressões externas. Assim, o discernimento fica comprometido em decorrência de um apelo mercadológico, com observa Bauman²¹⁹:

²¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-186. p. 163.

²¹⁸ BARROS, Ricardo do Rêgo. Cirurgia plástica na adolescência. *Adolescência e Saúde*, v. 4, n. 1, p. 45-47, fev. 2007.

²¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 45.

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível. Um ambiente líquido-moderno é inóspito ao planejamento e armazenamento de longo prazo. De fato, ele tira do adiamento da satisfação seu antigo sentido de prudência, circunspeção e, acima de tudo, razoabilidade.

Dessarte, a cirurgia plástica solicitada pelo adolescente depende de sua motivação, incumbindo não apenas a seus responsáveis verificar se se trata de uma justificativa fundamentada em fatos concretos a respeito dos impactos em sua autoestima, na prevenção do *bullying*, ou aspectos psicológicos pelos quais o adolescente opta pela via cirúrgica, mas também ao próprio profissional médico que também é responsável pela proteção e pela concretização do melhor interesse do adolescente (artigos 227 da Constituição Federal e 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Não podemos esquecer que alguns transtornos psíquicos estão ligados à autoimagem, como o transtorno dismórfico corporal²²⁰. Nesses casos, a atenção dos responsáveis e profissionais de saúde é essencial para que terapias adequadas sejam aplicadas em lugar do recurso à cirurgia estética.

Existem situações em que a cirurgia, apesar de estética, assume caráter terapêutico, como nos casos já citados de redução de mamas, por afetar a postura, ou a ginecomastia que, além de afetar a autoestima, insere-se na investigação de malignidade do tecido mamário em adolescentes do sexo masculino.

Disso resulta que a solicitação de cirurgia estética pelo adolescente desprovida de justificativa autoriza sua adiabilidade, mesmo porque se trata de situação em que o ato é de fato irreversível. No caso do adolescente presumidamente capaz de discernimento, nas linhas do que tratamos no presente trabalho, os pais terão justificativa, pautados pela autoridade parental, a apresentar oposição interferindo na autonomia do adolescente.

Diversamente não ocorre com as cirurgias que, mesmo classificadas como estéticas, apresentam caráter terapêutico, para as quais o adolescente capaz de discernimento encontra na própria indicação médica sua justificativa.

Outro tema importante inserido nas modificações corporais está relacionado ao adolescente transexual. A Portaria 2.803/2013 proíbe a realização de cirurgias de

²²⁰ CORYELL, William. Tratamento medicamentoso para depressão. ago. 2021. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/dist%C3%BArbios-de-sa%C3%BAde-mental/transtorno-obsessivo-compulsivo-e-dist%C3%BArbios-relacionados/transtorno-dism%C3%B3rfico-corporal>. Acesso em: 6 jun. 2022.

redesignação sexual aos menores de 18 anos. Essa proibição está em consonância com os estudos científicos internacionais, como se verifica pelo último protocolo da Associação Mundial Profissional para Saúde Transgênero, que recomenda que a transição de gênero em crianças e adolescentes ocorra de maneira gradual, iniciando-se com o acolhimento da criança e da família, passando aos bloqueadores hormonais, às terapias hormonais e somente depois a cirurgia de redesignação sexual. Esta última etapa apenas deve se dar após a maioridade e quando a pessoa transexual já tiver vivido por pelo menos 12 meses no papel do gênero que é congruente com sua identidade de gênero²²¹.

Nota-se que o adiamento da medida é justificado por sua irreversibilidade, possibilitando que a pessoa passe pelo processo de transição de gênero de maneira gradual e segura.

No entanto, ainda que o procedimento cirúrgico seja adiado, não significa que outras modificações corporais possam ser adotadas pela criança ou pelo adolescente. Uma consulta do Ministério Público de São Paulo ao Conselho Federal de Medicina resultou no Parecer CFM 32/2012, o qual recomenda o uso de hormonioterapia para bloqueio da puberdade do gênero do nascimento aos primeiros sinais da puberdade e, persistindo o transtorno de identidade de gênero, aos 16 anos dar início à hormonioterapia do sexo desejado. A recomendação do parecer veio a ser tratada em forma de resolução do Conselho Federal de Medicina, em 2019, pela Resolução 2.265. Essa resolução, contudo, exige do menor de 18 anos o termo de assentimento.

A imposição do termo de assentimento é justificável e até mesmo exigível da criança ou adolescente que ainda não tenha atingido sua capacidade de discernimento, uma vez que depende de seus responsáveis para início de tratamento com bloqueadores, mas para o adolescente cujo discernimento é presumido, entendemos que deve ser colhido seu próprio consentimento, pois o adolescente poderá procurar o tratamento independentemente da vontade de seus pais.

Assim, a possibilidade de busca por tratamento transexualizador aos 14 anos (idade com capacidade de discernimento presumida), sem que se necessite do consentimento dos responsáveis, encontra sua razão na própria realidade de jovens transexuais, que por vezes

²²¹ A última versão do documento foi publicada em 2012, e, no momento da pesquisa, está em andamento sua revisão prevista para publicação ainda no ano de 2022. Disponível em: https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Portuguese.pdf. Acesso em: 6 jun. 2022.

são rejeitados pelos pais ou sofrem com estigmatização e intimidação dentro da própria família por convicções tradicionais, sociais ou religiosas²²².

Conforme constatamos, os atos relacionados à saúde e ao corpo vinculam-se à ideia de discernimento que conduz à autonomia da pessoa. Nas questões voltadas a tratamento de saúde, o respeito à autonomia progressiva verifica-se na participação da criança ou do adolescente que presta seu assentimento ou consentimento, conforme seu grau de maturidade, podendo, em determinadas situações, ser afastada, inclusive, a intervenção dos pais ou responsáveis, respeitando-se o sigilo das informações de saúde do adolescente, como nos casos de resultados de exames ou de orientação e prescrição de contraceptivos.

Obviamente que a ética do profissional recomenda que se tente persuadir o adolescente a contar com a assistência de seu responsável, mas a negativa do adolescente nesse sentido não pode ser empecilho para prestar o atendimento procurado. A exceção que se faz diz respeito apenas ao sigilo sempre que identificada pelo profissional alguma situação de violência contra a criança ou adolescente, mas não ao atendimento que, em qualquer hipótese, deve ser prestado²²³.

No que diz respeito às modificações corporais, observamos temos que o discernimento será verificado na motivação do ato, como nos citados casos de cirurgias plásticas que tenham como objetivo a prevenção de patologias, ou como no caso das modificações corporais dos adolescentes transexuais. Nessas situações, ainda que o melhor seja o envolvimento da família, mesmo por revelar acolhimento e apoio ao adolescente, não se pode vincular a decisão do adolescente ao consentimento de seus responsáveis, visto que as decisões sobre o próprio corpo, quando demonstrado o discernimento, não podem ser delegadas a terceiros.

Portanto, uma ponderação é necessária entre a autonomia existencial do menor nas situações relativas à saúde e o dever de cuidado que compete aos pais ou tutores. O limite entre um e outro é muito tênue e depende muito do discernimento e maturidade do menor quando da decisão, bem como de demais fatores como os riscos dos efeitos de tal decisão, o grau de eventual enfermidade e o respectivo prognóstico, podendo, como já nos referimos, ser atribuída uma presunção de discernimento que poderá encontrar oposição por quem detenha a autoridade parental, ou, caso a criança ou adolescente não seja presumidamente capaz de

²²² BRAZ, Denise Garrido de Carvalho; REIS, Maycon Barros; HORTA, Ana Lúcia de Moraes; FERNANDES, Hugo. Vivências familiares no processo de transição de gênero. *Acta Paul Enferm*, n. 33, p. 1-8, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.37689/acta-ape/2020AO0251>. Acesso em: 6 jun. 2022.

²²³ Parecer do Conselho Federal de Medicina 55/2015.

discernimento, analisar quais as justificativas que autorizariam uma intervenção em sua autonomia progressiva a contrariar sua opinião.

4.4.2 Alteração do nome vexatório e conflito de interesses entre pais e filhos

Fora dos atos de autonomia de qualquer pessoa está a escolha do próprio nome, que nos acompanha desde o berço até a tumba e é tutelado inclusive após a morte. O direito de ter um nome, diz Monteiro, seguindo a doutrina de Sílvio de Salvo Venosa, não se confunde com o direito de escolher um nome; o primeiro é próprio do indivíduo, mas este último constitui um direito-dever dos pais²²⁴. A composição do nome proporciona-nos singularidade e historicidade; pelo prenome somos individualizados na família e o sobrenome nos liga aos ancestrais. Apenas o primeiro é ato típico da autoridade parental, visto que para o sobrenome o Estado impõe a regra de identificação com a linhagem, seja paterna, materna ou de ambos.

Uma aproximação entre as ciências jurídicas e a psicanálise apresenta a designação do nome como expressão mínima do desejo dos pais, o sujeito do desejo tem a especificidade de levar em conta o sujeito do direito. O ato da nomeação humaniza o filho, dado que ingressamos no mundo alienados de suas leis da linguagem, e o nome nos inscreve socialmente e dá início à nossa subjetividade²²⁵. Cicero, em *De Inventione*, diz ser o nome o que se dá a cada indivíduo e pelo que a pessoa é chamada por seu vocábulo próprio e certo²²⁶. Está o nome, portanto, ligado à identidade da pessoa, a como nos relacionamos com os outros e à forma como nos reconhecemos.

A tutela jurídica do nome assume importância tanto no âmbito do direito público quanto no direito privado, visto que é por meio do nome que o Estado pode reconhecer seus administrados, e é também o nome que identifica a pessoa em suas relações com outras pessoas²²⁷.

²²⁴ MONTEIRO, Arthur Maximus. A proteção legal do nome da pessoa natural no direito brasileiro. *Revista Jurídica da FA7*, v. 7, n. 1, p. 13-26, abr. 2010. DOI: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;7.1:133>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/133>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²²⁵ MOUGIN-LEMERLE, Régine. Sujeito do direito, sujeito do desejo. In: ALTOÉ, Sônia (org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999. p. 1-14.

²²⁶ Cicero. *De inventione*. 1.34. *nomen est, quod uni cuique personae datur, quo suo quaeque proprio et certo vocabulo appellatur*.

²²⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 23.

Segundo Francisco Amaral²²⁸, o nome é espécie dos direitos da personalidade, integrando o gênero do direito à integridade moral, e no aspecto publicístico confere a cidadania perante o Estado por meio do registro²²⁹.

Para Ascensão, “o direito ao nome é imposto por um direito de personalidade, o direito à identidade pessoal, mas que nos seus desenvolvimentos transcende já a própria tutela da personalidade”²³⁰.

No Brasil, a matéria é regulada pela Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) que no artigo 58 prevê a imutabilidade do prenome, somente admitida sua alteração após atingida a maioridade e por uma única vez, conforme artigo 56²³¹. Nesse sentido, encontramos, para fins do presente trabalho, uma incompatibilidade com a dignidade da criança e do adolescente (artigos 15 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 227 da Constituição Federal), que conflita com sua autonomia progressiva, nas hipóteses nas quais o nome definido pelos pais acarreta situação vexatória, seja pela má escolha dos pais, seja porque a criança ou adolescente não se identifica com o nome que lhe foi dado ao nascer.

Não é surpresa que inúmeras crianças e adolescentes sofrem com a designação de um nome que lhes traz vergonha e humilhação; nos noticiários é comum ser veiculado de forma cômica um nome de alguma pessoa considerado esdrúxulo²³². Esses nomes causam constrangimento e outros chegam a homenagear personagens de ficção ou mesmo de pessoas reais cujas biografias causam repugnância a qualquer conhecedor da história. Uma ferramenta de busca de nomes disponibilizada pelo IBGE²³³ revela que no censo de 2010 foram encontradas 61 pessoas com no nome Jaspion e 188 com o nome de Hitler, e a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo informou em 2004 que foram sugeridos nomes como Bin Laden²³⁴ para os filhos.

²²⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 451.

²²⁹ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 225-226. *E-book*. Edição Kindle.

²³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. *E-book*. Versão Kindle, posição 1874.

²³¹ A lei 14.832/2022 alterou o artigo 56 da Lei de Registros Públicos que antes trazia o prazo de 1 ano após atingida a maioridade para que o interessado alterasse seu nome pela via administrativa de forma imotivada. Após esse prazo, a alteração deveria ser motivada e por via judicial. A nova redação do artigo 56 manteve a idade mínima de 18 anos para o requerimento imotivado.

²³² Uma reportagem de 29.05.2011, exibida no programa *Fantástico* da Rede Globo de Televisão, apresentou uma série de nomes considerados estranhos, alguns inclusive impronunciáveis, como Tospericagerja. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/1521905>. Acesso em: 11 jun. 2022.

²³³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Nomes no Brasil. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/nomes/#/search>. Acesso em: 6 jun. 2022.

²³⁴ ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. O Estado do Maranhão (MA): “Aumenta número de registros de nascimento com nomes estranhos”. *ARPEN.SP*

Isso ocorre porque a lei brasileira é tímida quanto à proibição de nomes constrangedores. O parágrafo único do artigo 55 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) apenas prevê que “os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”, mas deixa no campo da subjetividade dos pais e do registrador o que seria expor ao ridículo, o que favorece e permite que nomes vexatórios sejam registrados. É diferente, por exemplo, da legislação portuguesa, que estabelece regras para a escolha do prenome²³⁵.

A imutabilidade do nome, ao menos até os 18 anos, favorece a perpetuação de um dano ligado à personalidade da pessoa, justamente quando sua subjetividade está em formação. Pense-se nas inúmeras vezes em que a criança ou adolescente é chamado por um nome vexatório diariamente em sala de aula no momento da chamada, ou o adolescente em seu primeiro emprego, na apresentação de documentos; são situações nas quais nem sequer pode optar por se apresentar por um apelido²³⁶. Nesse aspecto, Limongi França expõe que “seria esdrúxulo, por exemplo, admitir a mudança do prenome ridículo ou imoral somente após o interessado haver atingido a maioridade, altura em que o mesmo já teria sofrido boa parte dos prejuízos morais e materiais que tal situação lhe poderia acarretar”²³⁷.

Algumas vezes, em razão do sofrimento expressado pela criança ou adolescente, os pais se atinam com o erro cometido e procuram judicialmente a alteração do nome, como

Notícias, São Paulo, 17 set. 2004. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/noticia/1445>. Acesso em: 11 jun. 2022.

²³⁵ “Código do Registro Civil, artigo 103:

1 – O nome do registando é indicado pelo declarante ou, quando este o não faça, pelo funcionário perante quem foi apresentada a declaração.

2 – O nome completo deve compor-se, no máximo, de seis vocábulos gramaticais, simples ou compostos, dos quais só dois podem corresponder ao nome próprio e quatro a apelidos, devendo observar-se, na sua composição, as regras seguintes:

- a) Os nomes próprios devem ser portugueses, de entre os constantes da onomástica nacional ou adaptados, gráfica e foneticamente, à língua portuguesa, não devendo suscitar dúvidas sobre o sexo do registando;
- b) São admitidos os nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se o registando for estrangeiro, houver nascido no estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa;
- c) São ainda admitidos os nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se algum dos progenitores do registando for estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa;
- d) A irmãos não pode ser dado o mesmo nome próprio, salvo se um deles for falecido;
- e) Os apelidos são escolhidos entre os que pertençam a ambos ou só a um dos pais do registando ou a cujo uso qualquer deles tenha direito, podendo, na sua falta, escolher-se um dos nomes por que sejam conhecidos;
- f) Se a filiação não ficar estabelecida, pode o declarante escolher os apelidos a atribuir ao registando e, se não o fizer, observa-se o disposto no artigo 108.

3 – (Revogado.)

4 – As dúvidas sobre a composição do nome são esclarecidas por despacho do director-geral dos Registos e do Notariado, por intermédio da Conservatória dos Registos Centrais.”

²³⁶ É importante não confundir o termo apelido utilizado no Brasil com os termos utilizados em Portugal e com apellido dos países de língua hispânica, visto que ambos servem para indicar o que dizemos ser o nome de família ou patronímico.

²³⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 258.

no caso do garoto a quem foi dado o nome em homenagem ao avô Anicéto. De acordo com uma reportagem do jornal *O Globo*²³⁸, a mãe do referido garoto buscou a alteração do nome do filho porque, conforme declarou, “meu filho estava muito triste”. A mudança do nome veio para afastar o *bullying* que a criança sofria no ambiente escolar; e de vergonha do nome do menino de 7 anos passou a ter orgulho, chegando a levar sua nova certidão de nascimento para mostrar aos colegas de classe. Igual situação se verifica no caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.905.614/SP, em que a mãe de uma menina buscou a alteração do nome dado pelo pai no registro, que fazia referência ao nome de um anticoncepcional. A história ligada ao nome tinha o viés de rejeição e denotava o não desejo do pai pela criança, vindo o Superior Tribunal a autorizar a supressão do nome em alusão ao medicamento.

Entretanto, não é em toda situação que se verifica a disposição dos pais em buscar o melhor interesse de seus filhos quando se trata da alteração do nome vexatório; o mais comum é que se estabeleça um conflito em que, sujeitos à autoridade parental, tenham a criança ou adolescente que aguardar a maioridade para que se faça a referida alteração, nos termos do artigo 56 da Lei de Registros Públicos.

Nessa situação, entendemos, não faz sentido que se permita a perpetuação do dano, podendo o menor buscar a referida alteração, visto que concerne a um direito de personalidade, ligado à sua identidade, em como o indivíduo se apresenta e se relaciona com a sociedade. Sêco²³⁹ identifica aí uma espécie de cacoete do sistema jurídico, ao sujeitar o pedido de alteração do prenome vexatório do menor à representação ou assistência.

Mais do que isso, a dependência da criança ou do adolescente de seus pais nesse aspecto é contrário até mesmo ao princípio da isonomia, haja vista a flexibilização do princípio da imutabilidade nos casos de adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente permite, no artigo 47, § 5.º, o pedido de alteração do prenome pelo adotante ou pelo próprio adotado, não fazendo referência alguma à idade do adotado. A relevante ressalva feita pelo Estatuto diz respeito ao pedido de alteração do prenome formulado apenas pelo adotante, situação em que o § 6.º do dispositivo faz remissão ao artigo 28, §§ 1.º e 2.º, que preveem a necessidade de se tomar em consideração a opinião do menor de 12 anos e o consentimento daquele que já tenha completado essa idade.

²³⁸ GOULART, Gustavo. Oficiais de registro civil fazem campanha para conscientizar pais sobre nome de filhos no Rio. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26 mar. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/oficiais-de-registro-civil-fazem-campanha-para-conscientizar-pais-sobre-nome-de-filhos-no-rio-15703550>. Acesso em: 11 jun. 2022.

²³⁹ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos de personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A justificativa para a alteração do prenome requerida pelo próprio adotando, segundo Digiácomo²⁴⁰, seria para romper com o passado ou porque o nome acarreta-lhe vergonha ou embaraço, atentando-se ao artigo 55 da Lei de Registros Públicos. No caso de requerimento formulado exclusivamente pelo adotante, a oitiva da criança e o consentimento do adolescente representam um desdobramento do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito e o respeito ao princípio da autonomia progressiva, atendendo-se ao grau de maturidade e estágio de desenvolvimento.

Logo, cabe indagar: se na adoção a criança ou adolescente pode requerer a alteração do prenome, por lhe causar vergonha ou embaraço, e se exerce sua autonomia dentro de sua maturidade e estágio de desenvolvimento, quando outra pessoa, o adotante, pretende a alteração de seu nome, por que às demais crianças e adolescentes igual direito seria negado, se os efeitos de carregar um nome vexatório se apresentam semelhantes?

À criança e ao adolescente descabe qualquer restrição discriminatória, sendo titulares de mesmos direitos e garantias fundamentais como qualquer outra pessoa, independentemente de sua idade (artigo 5.º da Constituição Federal). A vulnerabilidade especial em decorrência da idade não é motivo para restrição de direitos e garantias que aos demais cidadãos são conferidos, antes, é fator de justificação de ampliação de direitos voltados à proteção em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento (artigo 3.º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Quando em comparação com seus iguais, que apresentam mesmas condições de idade, maturidade, discernimento e grau de desenvolvimento, o princípio da isonomia afasta qualquer tratamento diferenciado.

Neste ponto, não estamos a falar acerca do adotando, que encontra na alteração do nome, ainda que comum, a possibilidade de romper com seu passado, o qual pode se revelar, muitas vezes, traumático, mas sim daquele ao qual foi designado, no nascimento, um nome vexatório, e, na oportunidade de dar início a uma nova história de vida, inclui nesse recomeço a mudança de seu prenome. Essa última finalidade muito se assemelha aos traumas e danos suportados por crianças e adolescentes que carregam um nome constrangedor ou humilhante.

Vale ainda voltarmos à possibilidade de desacordo entre o adotante e o adotado quanto à alteração do prenome no processo de adoção. Ao prever a necessidade de oitiva da criança e de consentimento do adolescente, está a lei a lhe conferir autonomia sobre tal ato, de sorte que sua negativa deverá ser considerada fator determinante na decisão, não havendo

²⁴⁰ DIGIÁCOMO, Murillo. Comentário ao artigo 47. In: VERONESI, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 353-356.

razão para diferenciar essa autonomia quando a criança ou adolescente esteja em conflito com seus pais acerca da necessidade de mudança de seu nome por lhe ser vexatório.

Disso podemos concluir que qualquer criança ou adolescente, independentemente de estar em processo de adoção e da idade, tem o direito à mudança do prenome, se tal for justificada por se tratar de um nome vexatório, constrangedor ou humilhante. Nesse sentido, a regra do artigo 56 da Lei de Registros Públicos está voltada à alteração imotivada do prenome²⁴¹, situação em que de fato há de se esperar a maioridade. O justo motivo para a alteração independe da idade e, se os pais estiverem de acordo com a referida modificação, esta deverá ser facilitada, especialmente porque a criança ou adolescente estará representado ou assistido.

No entanto, a falta de assistência ou representação dos pais decorrente do conflito com seus filhos acerca da alteração do prenome não pode ser impeditivo para que a criança ou adolescente tenha seu nome alterado, se a motivação estiver baseada nos danos que um nome vexatório lhe esteja a causar, porque aqui não se aplicam as regras do sistema das incapacidades, e sim as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, norteadas pelos princípios do melhor interesse, da proteção integral e da autonomia progressiva.

A dificuldade, nessa situação, encontra-se em como poderá uma criança ou adolescente, desassistido por seus responsáveis, buscar exercitar esse direito; é o que procuraremos investigar a seguir.

4.5 Participação processual e acesso à justiça

Verificados os espaços de autonomia da criança e do adolescente, em especial ao se tratar de seus direitos fundamentais e de personalidade nas situações jurídicas existenciais, deparamo-nos com o problema de como dar efetividade a essa autonomia no âmbito judicial cível quando seus interesses conflitam com o de seus pais ou responsáveis.

Na atuação em juízo, na qualidade de autor ou réu, a lei processual civil prevê uma ligação com o sistema das incapacidades do direito civil, ao estabelecer a necessidade de representação ou assistência ao incapaz (artigo 71 do Código de Processo Civil).

Assim, para que seja dada efetividade aos direitos da criança e do adolescente no âmbito judicial, quando em conflito com seus responsáveis, há a necessidade de superar a incapacidade civil, visto existir, nesse aspecto, certa incompatibilidade entre a lei processual e

²⁴¹ CHALOUB, Luisa. O princípio da imutabilidade do nome civil e suas principais flexibilizações. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 185-212, jan./mar. 2021.

o Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual deve ser superada de acordo com o direito que estiver em discussão.

Sobre esse aspecto, Doxsey indaga: “[...] podem os nossos jovens absoluta ou relativamente incapazes acionar a Justiça contra os seus pais, tutores, curadores, inclusive?”²⁴². Esse questionamento, no que diz respeito à defesa de direitos nas situações existenciais, assume grande relevância tanto em casos em que esteja estabelecido um conflito entre a criança ou adolescente e seus responsáveis quanto nas situações em que se verifica uma omissão por parte dos pais e responsáveis na defesa de tais direitos, em especial nos procedimentos de jurisdição voluntária, como seria a alteração de nome.

Em alguns dispositivos do Estatuto encontramos a necessidade de ouvir a criança ou adolescente e de que seja considerada sua opinião (artigos 28, § 1.º; 47, § 6.º; 100, XII; 101, § 5.º; 161, § 3.º; 168), mas não há no nosso sistema, ainda, a possibilidade de que a criança ou adolescente desacompanhados de seus pais deem início ou intervenham como parte em um processo judicial. Em geral, sua participação no processo acaba por ocupar um lugar de objeto de tutela, afastando-se de sua condição como sujeitos de direito²⁴³.

Para que seja efetivo o exercício da autonomia progressiva, inclusive em face dos desejos e expectativas dos pais em relação aos filhos, que sejam contrários aos interesses destes, é importante também reconhecer que a capacidade prevista no artigo 71 do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com o direito que se está a discutir, não podendo o desacordo entre a criança ou adolescente e seus pais se tornar um impeditivo para o acesso à justiça.

Ao se reconhecer a autonomia progressiva da criança e do adolescente e ao considerá-los sujeitos de direito, tem-se a necessidade de lhes reconhecer também a defesa de seus direitos, em especial no âmbito das situações existenciais, o direito de participação ativa e, inclusive, de iniciação, nos processos judiciais que lhes dizem respeito.

A esse respeito, Melo expõe:

[...] é fundamental ter presente o quanto o reconhecimento da capacidade de ação por parte de crianças e adolescentes está limitada por toda a estruturação histórica da concepção de autonomia e dos direitos subjetivos fundada em referenciais adolocêntricos, racionais, de que crianças e adolescentes não seriam detentores por completo. É preciso compreender de modo distinto como se reconhecer as competências jurídicas da legitimação

²⁴² DOXSEY, Sônia Maria Rabelo. A participação da criança e do adolescente no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 97-100, abr./jun. 1995.

²⁴³ VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil. Breves considerações acerca da participação de crianças e adolescentes em procedimentos judiciais. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 24, n. 30, p. 81-104, 2017.

de participação social de crianças e adolescentes pelo reconhecimento de suas competências sociais²⁴⁴.

Temos, deste modo, que o entendimento de uma autonomia progressiva implica garantir o direito efetivo de acesso à justiça, não havendo contrariedade à proteção integral à admissão de uma criança ou adolescente sem representação ou assistência de seus pais ou responsáveis em juízo, quando necessário para a efetividade de seus direitos existenciais.

O próprio Estatuto prevê a hipótese de colisão de interesses entre a criança ou o adolescente e seus responsáveis, como se verifica pelo artigo 142, parágrafo único, que dispõe acerca do curador especial, figura também prevista no artigo 71, I, do Código de Processo Civil, a quem Doxsey assim se refere:

A instituição da curadoria *ad litem* (art. 9.º do CPC [de 1974, atual art. 71, I do CPC/2015]) para o incapaz carente de representação legal ou com interesses conflitantes com os seus representantes passa por uma reformulação na medida em que o curador assim designado, ao invés de substituir a vontade do menor, põe-se ao seu lado, tornando-se verdadeiro porta-voz de seu interesse²⁴⁵.

Nada impediria, no entanto, que a própria criança ou adolescente, revelando discernimento e maturidade, nomeasse seu defensor, haja vista que o Estatuto também abre a possibilidade ao dispor no artigo 206 que a intervenção da criança ou do adolescente em procedimentos tratados pelo Estatuto poderá se dar por meio de advogado, não havendo razão para diferenciar os procedimentos nele não previstos a permitir também que atue defensor próprio da criança ou do adolescente. Neste ponto, vale lembrar que a relação entre o advogado e seu representado é de estrita confiança, de modo que a criança ou adolescente, que apresentem condições de maturidade e discernimento, poderão eles mesmos indicar o defensor para seus interesses ou poderão, no mínimo, recusar o que lhes tenha sido nomeado.

Na Escócia, por exemplo, presume-se que aos 12 anos a pessoa esteja capacitada para instruir seu advogado²⁴⁶. Uma pesquisa realizada pelo Observatório de Infância de Andaluzia, na Espanha, indica que em outros países é permitido à criança ou adolescente, sem

²⁴⁴ MELLO, Eduardo Rezende de. Comentários ao artigo 100. In: VERONESI, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

²⁴⁵ DOXSEY, Sônia Maria Rabelo. A participação da criança e do adolescente no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 97-100, abr./jun. 1995. p. 97-100.

²⁴⁶ UK GOVERNMENT. The National Archives. *Age of Legal Capacity Act 1991*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/50/section/2>. Acesso em: 11 jun. 2021.

a assistência ou representação de seus pais, ingressar com uma demanda judicial em defesa de seus direitos, como são os casos de Barbados, Tunísia, Macedônia, Croácia e Hungria²⁴⁷.

Na direção do que dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, não faria sentido que a criança ou adolescente tivesse reconhecida sua autonomia progressiva sem que pudesse, no entanto, buscar dar efetividade a seus direitos, quando em conflito ou desassistida por seus pais por omissão destes.

Desse modo, se o Estatuto prestigia em algumas situações a autonomia progressiva, como faz nos casos de adoção com a oitiva da criança e consentimento do adolescente, também em demais circunstâncias como as exemplificadas no presente trabalho, não se mostra condizente com o princípio da autonomia privar-lhes da tutela estatal.

Somos levados, assim, a concluir que a capacidade para estar em juízo ou a capacidade processual deve ser compatibilizada com o direito material que se pretende efetivar, de sorte que, envolvendo direitos fundamentais e de personalidade, ainda que estejam a criança ou o adolescente desassistidos por seus representantes legais, a tutela jurisdicional deve ser a eles prestada, sem prescindir, por óbvio, da participação do Ministério Público em sua atuação como *custos legis*, dando curador à criança ou adolescente, o qual poderá ser por estes recusado se não estiver presente a devida relação de confiança.

²⁴⁷ EL ACCESO a la justicia de los niños. Disponível em: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546_d_crin_reporte_global_completo_acceso_a_la_justicia_de_los_ninos.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

5 CONCLUSÃO

Conforme vimos no primeiro capítulo, a compreensão de que crianças e adolescentes são pessoas dotadas de autonomia de acordo com sua maturidade, entendimento e discernimento ainda não alcançou seus propósitos fáticos e efetivos por razões de historicidade acerca da consciência de quem são a criança e o adolescente. O conceito de infância e de adolescência, como hoje se apresenta, não era conhecido até passado relativamente recente, como vimos na inexistência da compreensão de singularidade de tais etapas de vida com características próprias.

A criança que se encontrava sempre misturada aos adultos, tão logo deixasse os cuidados da mãe, por volta dos 7 anos, já era tratada como um adulto em miniatura, estando exposta a abusos, violência e exploração. No mundo dos adultos, não havia espaço para a criança, a qual era, por vezes, invisibilizada por seus próprios pais não por desafeto, mas por necessidade de desapego emocional diante dos altos índices de mortalidade infantil. As famílias tinham muitos filhos, e o importante era o que sobrevivesse. Assim, tornava-se comprometida a individualidade na criação dos filhos decorrente da quantidade deles, os laços de afeto eram frágeis, porque assim também eram as possibilidades de sobrevivência, evitando-se a dor da perda com o desapego e com o apagar da memória a criança perdida.

A escola representou a mudança de perspectiva com relação à criança, passando a ser enxergada como um ser diferente dos adultos e que, por sua inocência, deveria ser deles separada. Como espaço não só de ensino, mas também de controle e vigilância, a escola tinha como função, do ponto de vista moral, livrar a criança da sujidade do mundo no aspecto social e de prepará-la para o futuro, visto que a criação da prensa tipográfica, ao fazer surgir um novo adulto, a saber, o adulto leitor, refletiu também no entendimento do tempo da infância como o de prepará-la para o mundo dos leitores.

O adiamento da entrada na vida adulta representada pelo prolongamento da escolarização fez surgir outra figura, a do adolescente, o qual, situado entre a criança e o adulto, concentrava em si a pureza da infância e a força física, do adulto e a alegria de viver, fase que, na atualidade, pretende-se permanecer ao máximo, inclusive com a diminuição da infância e a tentativa de postergar a maturidade.

Ao remontar à trajetória do conceito de infância e adolescência, entendemos o motivo de que somente com a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, em 1989, passou-se a falar sobre autonomia da criança e do adolescente e por que nos dias atuais

se discute sua efetividade. É que até o século XVII não se falava sequer em criança e a adolescência veio a ter o início de sua conceituação a partir do século XX.

Daí por que não se podia falar sequer que crianças e adolescentes eram sujeitos de direito, quanto mais em autonomia destes. De propriedade do pai na tradição das civilizações ocidentais, o caminho até se chegar ao entendimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito foi longo, tendo iniciado pela era para salvar as crianças do trabalho infantil e a necessidade de educação obrigatória no início do século XX. Assim, com viés paternalista, entendia-se a criança como uma pessoa de *status* inferior, com uma personalidade imperfeita, traduzida na noção de menoridade.

A criança e o adolescente, tratados então como objetos de proteção paterna e estatal, não tinham vez nem voz; eram submetidos tanto aos cuidados quanto às vontades do adulto sobre seu modo de vida, sua identidade e seu futuro.

Somente com a doutrina do melhor interesse da criança e com o princípio da autonomia progressiva, nos termos da Convenção da Criança e do Adolescente, em nível internacional, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito interno, que se passou a considerar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito, iguais em dignidade e detentores de direitos de personalidade, mesmo que pessoas em desenvolvimento.

No discurso de que as crianças e os adolescentes como pessoas humanas possuem dignidade, assim como os adultos, o contrassenso vem pela relutância em reconhecer que são também dotados de autonomia, esta que se observa de maneira progressiva de acordo com o grau de maturidade e discernimento da criança e do adolescente. Essa dificuldade vem dos tempos passados, como visto, em que crianças e adolescentes sempre foram tratados de forma desigual, não sob o aspecto que lhes favorecesse, mas que satisfizesse a visão do adulto sobre a criança, o qual, no afã de desincumbir sua consciência por ter feito o melhor para a criança ou adolescente, acaba por impor atos e condutas sem que se importe com o interesse destes.

Disso decorre que a autoridade parental recebe nova interpretação, agora fundada nos princípios do melhor interesse e da autonomia progressiva, bem como do ponto de vista da família democrática, em que as decisões relevantes sobre os interesses dos filhos são discutidas entre eles e seus pais, sempre ouvindo-se a criança nas situações que lhe digam respeito e incluindo-a nas decisões familiares.

A autoridade parental, assim, mostra-se funcionalizada aos cuidados, criação e educação dos filhos, não se admitindo mais a figura do *pater* que tudo pode sobre o filho, mas de mães e pais a quem, no igual exercício da autoridade parental, incumbe conduzir os filhos

para a aquisição plena de autonomia, pautados pelo afeto, pelo diálogo e pela compreensão de que são pessoas iguais em dignidade e em direitos.

Iguais porque o que justifica a diferenciar as crianças e os adolescentes dos adultos no aspecto jurídico é sua vulnerabilidade especial, em razão de sua idade e condição de pessoas em desenvolvimento. Entretanto, vulnerável todo ser humano é, e é também autônomo, não sendo a autonomia e a vulnerabilidade condições excludentes entre si, mas complementares. Entre as diversas vulnerabilidades que pode o ser humano enfrentar estão a individual, mais ligada às necessidades básicas, e a relacional, que se refere ao aspecto da relação entre os seres humanos. Tanto a vulnerabilidade quanto a autonomia são condições inerentes ao ser humano, que o acompanham desde o nascimento até seu último momento de vida. A vulnerabilidade especial da criança e do adolescente, no entanto, é reflexo da pluralidade da sociedade em que estão inseridos, assim como outros que também apresentam vulnerabilidades especiais, como os idosos, as pessoas com deficiência e mesmo o adulto que, por vezes, se vê em situação de vulnerabilidade em relação ao outro, quando na posição de consumidor ou de trabalhador.

Visto que a vulnerabilidade é condição inerente a todo ser humano e que não se incompatibiliza com a autonomia, também esta não é incompatível com o sistema das incapacidades, mas se verifica em situações diversas. Logo, a autonomia é fator essencial para validar as decisões no âmbito das situações jurídicas existenciais, enquanto a capacidade civil opera no campo das situações jurídicas patrimoniais.

Essa divisão é importante para que não se perca no equívoco de restringir o exercício de direitos existenciais pelo fato da incapacidade civil, pois, se assim for, o sistema das incapacidades pode acabar por se afastar de seu caráter protetivo à pessoa que não seja ainda considerada capaz, surtindo efeito reflexo, o da desproteção da pessoa no exercício de seus direitos existenciais.

Dessarte, a autonomia está mais voltada à capacidade natural ou capacidade de discernimento que, como visto, opera no âmbito das situações jurídicas em que seja prevalente o caráter existencial.

Nesse passo, vimos que, para o exercício da autonomia progressiva da criança e do adolescente, alguns elementos devem ser verificados, porém não se pode se afastar do fator etário como parâmetro, porquanto coincidente com algumas fases de desenvolvimento natural do ser humano, em especial quando atingidos os estágios em que constatado por outros ramos do conhecimento humano, como a neuropsicologia, que a idade do discernimento não é a mesma da capacidade civil de fato.

Portanto, no enfrentamento das situações jurídicas existenciais, é possível que se interprete e preencha o princípio da autonomia progressiva por dois fatores: a capacidade de discernimento e a verificação do estágio de desenvolvimento. Logo, no presente trabalho, sugerimos a presunção de discernimento ao adolescente com 14 anos, uma vez que coincidente com o estágio das operações formais de Piaget e das equidades de Kohlberg, que observaram que nessa idade o adolescente já consegue exercer juízos morais e de valor.

Essa faixa etária é observada em alguns países que possuem em seu ordenamento jurídico uma capacidade especial para fins sanitários, que varia entre 12 e 16 anos.

Obviamente que a presunção poderá ser elidida pelos pais ou responsáveis do adolescente, os quais, com base na função de cuidado e visando o melhor interesse, poderão demonstrar que o adolescente não possui o discernimento necessário para o ato pretendido.

Situação diversa ocorre com a criança e adolescente até os 14 anos, em que, embora não se presuma seu discernimento, as decisões devem partir de acordo com um diálogo aberto, respeitando seu grau de entendimento e maturidade, em um processo chamado de autodeterminação dinâmica, no qual a criança ou adolescente são nutridos de informações acerca da decisão que deva ser tomada e, ainda que deles não parta tal decisão, esta é construída com seus responsáveis, de modo que também a criança ou adolescente se sintam incluídos naquilo que lhes diz respeito.

Em qualquer hipótese, seja de presunção de discernimento, seja na autodeterminação dinâmica, devemos observar mecanismos de proteção quando colidentes os interesses da criança ou do adolescente com seus responsáveis. No primeiro caso, garantida aos responsáveis a oposição à decisão do adolescente e no segundo, a demonstração pela criança ou adolescente de que sua decisão é justificada e atende a seu melhor interesse.

Para tanto, a análise da adiabilidade e reversibilidade das decisões ganha força. A adiabilidade não deve, no entanto, levar em conta o momento presente e se existem danos que devem ser evitados ou minorados nas próprias fases de infância e adolescência. O fator reversibilidade, ou não, também deve ser apreciado sob a ótica da eliminação ou minoração de danos no momento da infância e adolescência, uma vez que o que se está a proteger é o futuro adulto, mas sobretudo a criança e o adolescente.

Assim, essa avaliação passa pela análise de riscos; não os riscos de mero arrependimento, e sim os de danos efetivos no futuro e que sejam superiores aos danos já sentidos pela criança ou adolescente em suas respectivas fases de vida.

Daí verificamos que é possível, no campo das situações jurídicas existenciais, em que se encontram direitos de personalidade, identificar espaços de verdadeiro exercício da

autonomia existencial da criança e do adolescente, considerando as características de tais direitos. Os exemplos utilizados para demonstrar o exercício da autonomia progressiva nas situações jurídicas existenciais revelam-nos uma verdadeira possibilidade e necessidade de se respeitar a autonomia da criança e do adolescente que apresentem discernimento e maturidade para as decisões referentes a seus direitos de personalidade.

Assim, demonstramos que no âmbito sanitário é possível conferir validade às decisões de crianças e adolescentes que se mostrem em consonância com sua dignidade e que revelem discernimento para tratar de seus direitos de personalidade. A presunção de discernimento pode ser, assim, aplicada aos casos em que o adolescente pretenda atendimento médico em consultas, exames e tratamentos que não coloquem em risco sua integridade física, por exemplo, doações de sangue, diagnósticos de ISTs ou aconselhamento e opção de métodos anticoncepcionais. Em todos os tratamentos, no entanto, é necessário considerar o risco apresentado, sua possível adiabilidade ou reversibilidade.

Ainda na questão sanitária, o diálogo com a criança ou adolescente que não tenham discernimento é essencial, tendo em vista que é de seu corpo e saúde que se estão a tratar, e não se pode afastar sua participação, ao menos para que eles mesmos estejam seguros e compreendam a necessidade de qualquer tratamento.

A situação apresentada da criança ou adolescente transexual ingressa em uma seara delicada, porque o tratamento último cirúrgico está proibido aos menores de 18 anos de acordo com protocolos internacionais, mas os tratamentos chamados sociais com a criança e o início dos tratamentos hormonais com o adolescente são necessários para a saúde biopsicofísica da criança e do adolescente. Constatado o transtorno de identidade de gênero, não poderão os pais, em contrariedade com a criança ou adolescente, privá-los das etapas de transexualização prévias, considerando que se trata da personalidade da pessoa e do direito à autodeterminação e autonomia corporal.

Seguindo com a exemplificação de aplicação da autonomia existencial no âmbito dos direitos de personalidade, levantamos a questão relativa ao nome vexatório, dado que são de conhecimento geral os inúmeros casos de irresponsabilidade por parte dos pais, que acabam por acarretar danos à criança e ao adolescente, ou, mesmo que não de forma proposital, algumas homenagens ou nomes que se apresentam estranhos nas relações da criança ou adolescente com a sociedade podem também lhes trazer sofrimento pela vergonha de algo que é tão próprio da pessoa e que deve ser motivo de orgulho, que é o próprio nome.

Assim, temos a necessidade superar a idade legal de 18 anos para requerer a alteração do prenome, quando, de forma justificada e em desacordo com os pais ou

responsáveis, a própria criança ou adolescente que apresentem discernimento e indiquem uma justificativa para tal alteração podem, eles mesmos, solicitar que seu nome seja alterado, em verdadeiro exercício de autonomia progressiva.

Por fim, apresentadas as premissas justificadoras de uma presunção de discernimento e necessário diálogo com base na autodeterminação dinâmica e depois de exemplificar com os casos de autonomia corporal e do conflito de interesses relacionado ao nome vexatório, enfrentamos a efetivação da autonomia da criança e do adolescente na defesa de seus direitos existenciais na esfera judicial, considerando que a capacidade para estar em juízo se liga com a capacidade civil de fato. Assim, apontamos a devida verificação do direito em exame para que se possa aferir se aplicável o mínimo etário, concluindo pela possibilidade de a criança ou o adolescente buscarem o Judiciário, eles mesmos, com a garantia que lhes é conferida pelo acesso à justiça, sempre que conflitantes seus interesse com o de seus responsáveis, ou quando estes, omissos, não auxiliem a criança ou adolescente na busca da tutela jurisdicional. Nesse sentido, apontamos exemplos de países que assim atuam, em especial a possibilidade de indicação de defensor pela própria criança ou adolescente, ou mesmo de recusa do que lhe for indicado, considerando o caráter de confiança que deve estar presente na relação.

REFERÊNCIAS

- ALÁEZ CORRAL, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. edição Kindle.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. *E-book*.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.
- AOKI, Luiz Paulo Santos. Comentário ao artigo 28. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.
- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2018.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. *E-book*.
- ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. O Estado do Maranhão (MA): “Aumenta número de registros de nascimento com nomes estranhos”. *ARPEN.SP Notícias*, São Paulo, 17 set. 2004. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/noticia/1445>. Acesso em: 11 jun. 2022.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 39, abr./jun. 2008.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de (org.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108-113.
- BARROS, Ricardo do Rêgo. Cirurgia plástica na adolescência. *Adolescência e Saúde*, v. 4, n. 1, p. 45-47, fev. 2007.

BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, Curitiba, v. 5, n. 57, p. 68-101, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la norma giuridica i soggetti*. Milano: Giuffrè, 2002. v. 1.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

BRAZ, Denise Garrido de Carvalho; REIS, Maycon Barros; HORTA, Ana Lúcia de Moraes; FERNANDES, Hugo. Vivências familiares no processo de transição de gênero. *Acta Paul Enferm*, n. 33, p. 1-8, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.37689/acta-ape/2020AO0251>. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE. The Law Reports (Appeal Cases). *Gillick*. Respondent and west norfolk and wisbech area health authority first appellants and department of health and social security second appellants. [1986]. Disponível em: [http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1985/7.html&query=\(gillick\)#disp4](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1985/7.html&query=(gillick)#disp4). Acesso em: 29 maio 2019.

BROD, Max. Kafka: father and son. In: RUITENBEEK, Hendrik H. (org.). *The literary imagination: psychoanalysis and the genius of the writer*. Chicago: Quadrangle Books, 1965. p. 81-98.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Situaciones jurídicas subjetivas*. Madrid: Reus, 1963.

CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

CENSORINUS [Censorini] *De die natali liber*. Trad. Hultsch Friedrich Otto. Lipsiae: Teubner, 1867. (Séries Bibliotheca scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana.)

CHALOUB, Luisa. O princípio da imutabilidade do nome civil e suas principais flexibilizações. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 185-212, jan./mar. 2021.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CICERO, Marcus Tullius. *Ethical writings of Cicero: De Officiis, De Senectute, De Amicitia, and Scipio's Dream*. Tradução para o inglês Andrew O. Peabody: Boston: Little, Brown, and Company, 1887. *E-book*.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Arquivo original em Organización de Estados Americanos. 2017. Disponível em: <http://educacioninicial.mx/wp-content/uploads/2017/11/A001.pdf>. Acesso em: abr. abr. 2021.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos; YOUNG, Beatriz Capanema. Capacidade civil e disposição do próprio corpo. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVEIRA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 13-34.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Autonomia da vontade da criança e do adolescente*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. DOI: 10.11606/T.2.2020.tde-28042021-234805. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28042021-234805/pt-br.php>. Acesso em: 17 abr. 2021.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. reform. e actual. Introdução: fontes do direito: interpretação da lei: aplicação das leis no tempo: doutrina geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1.

CORYELL, William. Tratamento medicamentoso para depressão. ago. 2021. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt-br/casa/dist%C3%BArbios-de-sa%C3%BAde-mental/transtorno-obsessivo-compulsivo-e-dist%C3%BArbios-relacionados/transtorno-dism%C3%B3rfico-corporal>. Acesso em: 6 jun. 2022.

COUTINHO, Luciana Gageiro. *Adolescência e errância: destinos do laço social contemporâneo*. Rio de Janeiro: Nau: FAPERJ, 2009.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012.

CUNNINGHAM, Hugh. The decline of child labour: labour markets and family economies in Europe and North America since 1830. *Economic History Review*, Oxford, v. 53, n. 3, p. 409-428, Apr. 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. São Paulo: Summus, 1986.

D'AVILA, Roberto Luiz. D'AVILA, Roberto Luiz. *Código de Ética Médica: Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Versão de bolso.

DE FINA, Silvio. Autonomia. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Instituto Della Enciclopedia Italiana, 2007. p. 2-5.

DIGIÁCOMO, Murillo. Comentário ao artigo 47. In: VERONESI, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 353-356.

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

DUSKA, Ronald; WHELAN, Mariellen. *O desenvolvimento moral na idade evolutiva: um guia a Piaget e Kohlberg*. São Paulo: Loyola, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

EEKELAAR, John. The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law and Family*, Oxford, n. 8, p. 42-61, 1994.

EL ACCESO a la justicia de los niños. Disponível em: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546_d_crin_reporte_global_completo_acceso_a_la_justicia_de_los_ninos.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. *E-book*.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAMÁ, María Victoria. Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. AR/DOC/3698/2015. Disponível em: https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_ro_l_psicologo/material/unidad2/obligatoria/capacidad_progresiva_fama.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, São Paulo, n. 2, jul. 2013.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, c2000. p. 13-32. (Collection de l'École doctorale Droit, science politique, relations internationales, 2-7061-0949-1.)

FINEMAN, Marta Albertson. "Elderly" as vulnerable: rethinking the nature of individual and societal responsibility. *The Elder Law Journal*, v. 20, p. 71-112, 2012.

FINEMAN, Marta Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. *Yale Journal of Law and Feminism*, v. 20, p. 1-23, 2008.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diego Luna (org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10-22.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Tradução Vera Lucia Avellar Ribeiro, organização e seleção de textos Manoel Barros da Mota. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos escritos, 4).

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1964.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

FREEMAN, Michael. Why it remains important to take children's right seriously. *The International Journal of Children's Rights*, Boston, v. 15, n. 1, p. 5-23, 2007.

FREITAS, Marcos Cezar de. *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2016.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derecho. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, [Montevideo?], 2da época, año 14, n. 18, p. 117-137, dic. 2018. DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1703/1689>. Acesso em: 17 abr. 2021.

GOULART, Gustavo. Oficiais de registro civil fazem campanha para conscientizar pais sobre nome de filhos no Rio. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26 mar. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/oficiais-de-registro-civil-fazem-campanha-para-conscientizar-pais-sobre-nome-de-filhos-no-rio-15703550>. Acesso em: 11 jun. 2022.

HART, Stuart N. From property to person: historical perspective on children's rights. *American Psychologist*, v. 46, n. 1, 1991.

HUIDOBRO DE CARLOS, José Maria Ruiz de. El valor jurídico de las decisiones del menor maduro. *In: DE LA TORRE, Javier (ed.). Adolescencia, menor maduro y bioética.* Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2011. p. 101-141.

HUNT, Lynn. Revolução Francesa e vida privada. *In: PERROT, Michelle (org.). História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra.* Tradução Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 4.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Nomes no Brasil. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/nomes/#/search>. Acesso em: 6 jun. 2022.

JENKS, Chris. *Childhood.* New York: Routledge, 2005.

KARNAL, Leandro. Karnal: não existiam crianças antes do século XX. *Programa Careca de saber.* [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo canal Band Jornalismo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7muGDWakY90>. Acesso em: 8 de jun. 2020.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia.* Tradução Fátima Sá Correia; Maria Emília V. Aguiar; José Eduardo Torres; Maria Gorete de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. O dano moral e os direitos da criança e do adolescente. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, v. 30, n. 118, p. 451-472, abr./jun. 1993.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias.* São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado,* São Paulo, v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./mar. 2014.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 47-80, abr./jun. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book.*

MARTINS, Rosa. *Menoridade (in)capacidade e cuidado parental.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. *In: PEREIRA, Tânia da Silva;*

OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 76-95.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. Tradução da língua francesa por Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez. 2017.

MELLO, Eduardo Rezende de. Comentários ao artigo 100. In: VERONESI, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

MICELI, Mariana Sant'Ana. Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 14, n. 20, p. 275-288, 2010.

MONTEIRO, Arthur Maximus. A proteção legal do nome da pessoa natural no direito brasileiro. *Revista Jurídica da FA7*, v. 7, n. 1, p. 13-26, abr. 2010. DOI: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;7.1:133>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/133>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

MOUGIN-LEMERLE, Régine. Sujeito do direito, sujeito do desejo. In: ALTOÉ, Sônia (org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999. p. 1-14.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil, entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 39-56.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Legislative history of the convention on the rights of child*. New York-Genebra, 2007. v. 1.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée de; SILVA, Lucas Gerônimo Ribeiro da. As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais. In: VIEIRA, Marcelo de Melo; RIGHETTI Paulo Tadeu (org.). *Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p. 79-111.

PARRA SEPULVEDA, Darío; RAVETLLAT BALLESTE, Isaac. El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud. *Ius et Praxis*, Talca, v. 25, n. 3, p. 215-248, dez. 2019. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300215&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 1 jun. 2022.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/89350>. Acesso em: 30 maio 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Libro I: Delle persona e della famiglia. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIAGET, Jean. Intellectual evolution from adolescence to adulthood. *Human Development*, v. 51, n. 1, p. 40-47, 2008.

PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. Tradução Elzon Lenardon. São Paulo: Summus, 1994.

PIAGET, Jean. *Seis estudos de psicologia*. Tradução Maria Alice Magalhães D'Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

POSTMAN, Neil. *The disappearance of childhood*. New York: Delacorte Press, 1982. *E-book*.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017.

PROST, Antoine. Fronteiras do espaço privado. In: VICENTE, Gérard (org.). *História da vida privada: da primeira guerra aos nossos dias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 5.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2018. p. 376-406.

RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica. *Filosofia Politica*, v. 21, n. 3, p. 365-378, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Milano: Feltrinelli, 2018. *E-book*.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

RODRIGUES, Silvio. Comentário ao artigo 21 In: VERONESE, Josiane Rose Petry *et al.* (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, [São Paulo?], v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003. Acesso em: 17 abr. 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9a ed. Napoli: Jovene, 1983.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos de personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 37-42, jul./set. 1999.

STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 2008.

STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Calos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 213-220.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, Porto Alegre. *Anais [...]* Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/5.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Teoria geral do direito civil: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153-186.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

TOMAZ, Renata. *Da negação da infância à invenção dos tweens: imperativos de autonomia na sociedade contemporânea*. Curitiba: Appris, 2019.

TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Padova: Cedam, 1992.

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. 9a ed. Milano: Giuffrè, 1991.

UK GOVERNMENT. The National Archives. *Age of Legal Capacity Act 1991*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/50/section/2>. Acesso em: 11 jun. 2021.

UNICEF: the future of childhood. Entrevistadora: Sarah Crowe. Entrevistado: Larry Wolff. 20 de dez. 2019. *Podcast*. Disponível em: <https://unicef.libsyn.com/larry-wolff-on-the-history-of-childhood>. Acesso em: 20 maio 2020.

UNIVERSIT OF St. ANDREWS. *Records of the parliaments of Scotland to 1707*. Disponível em: <https://www.rps.ac.uk/trans/A1496/6/4>. Acesso em: 21 jun. 2020).

VENÂNCIO, Renato Pinto. Os aprendizes da guerra. In: DEL PRIORE Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2018. p. 192-209.

VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil. Breves considerações acerca da participação de crianças e adolescentes em procedimentos judiciais. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 24, n. 30, p. 81-104, 2017.

ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.