

A TEORIA DAS CAPACIDADES E A PROTEÇÃO INTEGRAL: REAVALIANDO A AUTONOMIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE THEORY OF CAPABILITIES AND THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION: REASSESSING CHILDREN AND ADOLESCENTS' AUTONOMY IN BRAZILIAN LAW

Gustavo Pereira Leite Ribeiro

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Líder do Laboratório de Bioética e Direito - LABB/UFLA; Professor Universitário

Alexander Augusto Isac Beltrão

Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Pesquisador vinculado ao Laboratório de Bioética e Direito (UFLA/CNPq) e ao Núcleo de Pesquisa em Biodireito (UERJ/CNPq); Advogado

RESUMO

Trata-se de artigo científico que aborda a teoria das capacidades quando aplicada às crianças e adolescentes, sob a égide da Doutrina da Proteção Integral e do Direito Civil-Constitucional. Em específico, exploram-se as mais recentes pesquisas e relatos científicos que sustentam o papel ativo que crianças e adolescentes desempenham no desenvolvimento de suas próprias habilidades, nas negociações que formam parte de sua vida e cotidiana e no grau de responsabilidades que assumem. Ato contínuo, explora-se a teoria das capacidades tal como positivada e construída teoricamente no Brasil, com viés protetor e de garantia de segurança jurídica nas relações, e sua inadequação nas situações existenciais e que envolvam direitos personalíssimos. Esta inadequação é analisada a partir de uma nova ótica sobre os direitos da criança e do adolescente derivada da Doutrina da Proteção Integral, positivada na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Por fim, busca-se apresentar um modelo de interpretação da teoria das capacidades que supere esta inadequação e que se equilibre no pêndulo entre uma proteção adequada e a promoção da autonomia das crianças e adolescentes.

Palavras-Chave: Criança; Adolescente; Capacidade Jurídica.

ABSTRACT

This scientific article approaches the theory of capabilities applied to children and adolescents, under the aegis of the Doctrine of Integral Protection and Civil-Constitutional Law. Specifically, it explores the latest research and scientific reports that support the active role that children and adolescents play in developing their own abilities, in the negotiations that are part

of their daily life and in the degree of their responsibilities. Subsequently, the article explores the theory of capabilities as positively and theoretically constructed in Brazil, with a protective bias that guarantees juridical security in relations, and its inadequacy in existential situations and involving personal rights. This inadequacy is analyzed from a new perspective on the rights of children and adolescents in the lights of the Doctrine of Integral Protection, which was enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the Statute of the Child and Adolescent, and the International Convention on the Rights of the Child. Finally, the article aims to establish an interpretational model of the theory of capacities that overcomes this inadequacy and balances between an adequate protection and the promotion of the autonomy of children and adolescents.

Keywords: Child; Teenager; Legal Capability.

INTRODUÇÃO

As recentes transformações sociais e normativas promoveram uma alteração radical na percepção sobre a criança e sobre o adolescente, que passaram de objetos nas relações familiares para sujeitos de direitos, isto é, sujeitos de direitos e deveres na ordem jurídica¹. Por serem considerados pessoas em desenvolvimento, e, logo, em fase de construção de sua personalidade, os infantes receberam proteção normativa especial no ordenamento jurídico, podendo-se concluir que houve um investimento normativo realizado principalmente pela Constituição da República de 1988².

Tais alterações foram acompanhadas também pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, e pela recepção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Nº 99.710 de 1990. Todo este conjunto normativo acabou por positivizar a Doutrina da Proteção Integral, reconhecendo à criança e ao adolescente um papel de prioridade absoluta, não apenas do Estado, mas também da família e da sociedade.

Nessa esteira, ganharam relevo as discussões envolvendo as condições para o exercício de direitos e deveres pelas crianças e adolescentes, com destaque para a discussão envolvendo o instituto da capacidade jurídica, requisito essencial para o desenvolvimento autônomo e, por conseguinte, para a garantia de dignidade dos indivíduos. O objetivo primordial deste trabalho é apresentar os sistemas de avaliação da capacidade de agir das

¹ RUIZ, José María de Huidobro de Carlos. El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: visión desde el derecho. In: TORRE, Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Comillas, 2011, p. 101-142.

² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 226.

crianças e adolescentes, buscando identificar aquele que é mais condizente com o respeito à sua dignidade e autonomia, sem descuidar da sua situação provisória de vulnerabilidade.

Sob essa perspectiva, abordar-se-ão as mais recentes pesquisas e relatos científicos que sustentam o papel ativo que crianças e adolescentes desempenham no desenvolvimento de suas próprias habilidades, nas negociações que formam parte de sua vida e cotidiana e no grau de responsabilidades que assumem; explorar-se-á a teoria das capacidades tal como positivada e construída teoricamente no Brasil, com viés protetor e de garantia de segurança jurídica nas relações, e sua inadequação nas situações existenciais e que envolvam direitos personalíssimos. Por fim, buscar-se-á apresentar um modelo de interpretação da teoria das capacidades que supere esta inadequação e que se equilibre no pêndulo entre uma proteção adequada e a promoção da autonomia das crianças e adolescentes.

1 VISÕES SOBRE O FENÔMENO DA INFÂNCIA

Com as transformações sociais ocorridas principalmente no pós-guerra, promoveu-se uma alteração substancial na percepção sobre o fenômeno da infância, que passou a ser considerado não mais enquanto um *status*, mas como uma situação de caráter dinâmico, caracterizada por um período evolutivo de desenvolvimento e amadurecimento pessoal.³ Rompeu-se, assim, com as tradições do pensamento teórico que abordavam o fenômeno da infância sob uma perspectiva abstrata, universalizável e ahistórica, sendo que este passou a ser interpretado com a natureza de um processo complexo, sujeito a várias leituras, tanto teóricas quanto sociais e históricas.⁴

Dentre as abordagens mais tradicionais sobre este fenômeno, cite-se os estudos da psicologia evolutiva, segundo a qual o processo de desenvolvimento infantil ocorreria em etapas, vivenciadas necessariamente de forma sequencial. Para Jean Piaget, principal expositor desta matriz teórica, o desenvolvimento de crianças e adolescentes estaria associado a uma escala de idades aproximadas: estágio sensorial - motor (0 a 2 anos), estágio pré-operacional (2 a 6 anos), estágio de operações concretas (7 a 11 anos) e estágio de operações formais (12 anos em diante).⁵

No estágio sensorial – motor haveria uma predominância da inteligência prática, voltada

³ ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de concinencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006., p. 23.

⁴ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 25.

⁵ PIAGET, Jean. *A Evolução Intelectual da Adolescência à Vida Adulta*. Porto Alegre: Faculdade de Educação, 1993, p. 1-12.

para a solução de problemas com a ação sem a utilização de representações ou pensamentos, mas sim em contato direto com o meio.⁶ Já no estágio pré-operacional haveria uma predominância da inteligência intuitiva, não dissociada da experiência prática, somada à descoberta dos símbolos e da linguagem.⁷ No estágio de operações concretas, a criança desenvolveria noções de ordem, tempo, espaço e causalidade, criando certa independência das representações imediatas da realidade.⁸ Por fim, no estágio de operações formais as estruturas de pensamento se desenlaçam progressivamente do plano concreto, com o acesso um raciocínio hipotético-dedutivo.⁹

As principais construções teóricas herdadas dos estudos da psicologia evolutiva são a compreensão do desenvolvimento infantil enquanto um processo abstrato e com objetivos universais, sendo a infância um período de dependência, nos quais as crianças e adolescentes são receptores passivos de proteção, formação e orientação.¹⁰ Não obstante, para a construção de tais conclusões a psicologia evolutiva amparou-se principalmente em métodos das ciências naturais, como o exame de crianças e adolescentes em laboratórios, afastados de seu contexto sociocultural, a observação a partir de um modelo de investigação com animais, o uso de testes artificiais com perguntas e respostas hipotéticas, dentre outros.¹¹

Fruto de um contexto científico europeu e norte-americano, esta corrente da psicologia mostrou-se entretanto incapaz de compreender o fenômeno da infância em outras realidades, sendo fortemente questionada por suas conclusões universalistas e que subestimam a competência das crianças e adolescentes enquanto sujeitos em desenvolvimento. Assim, numa compreensão tradicional, a situação dos infantes era compreendida enquanto de menor valor, e crianças e adolescentes não eram considerados capazes para a prática de atos juridicamente válidos, sendo considerados enquanto meros objetos de proteção.¹²

Contemporaneamente, emerge uma nova compreensão do fenômeno da infância,

⁶ CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. *Univesp*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 13-27, 2010. Disponível em: <https://encurtador.com.br/VQN4j>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 4.

⁷ CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. *Univesp*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 13-27, 2010. Disponível em: <https://encurtador.com.br/VQN4j>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 10.

⁸ CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. *Univesp*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 13-27, 2010. Disponível em: <https://encurtador.com.br/VQN4j>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 12.

⁹ CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. *Univesp*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 13-27, 2010. Disponível em: <https://encurtador.com.br/VQN4j>. Acesso em: 28 nov. 2018, p. 12.

¹⁰ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 25.

¹¹ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 25.

¹² ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de concinencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 24.

compreendido enquanto um processo cultural e como produto de determinados processos econômicos, sociais e culturais.¹³ Para Martin Woodhead, esta mudança na compreensão sobre o desenvolvimento infantil implica que este não pode mais ser compreendido exclusivamente a partir de referências intrínsecas, fixas ou prescritivas, mas sim também extrínsecas, específicas em determinado momento histórico e negociáveis dentro de um quadro de promoção e garantia de direitos das crianças e adolescentes.¹⁴

Com a superação progressiva da compreensão tradicional, fez-se necessária uma nova consideração da autonomia individual durante o processo de infância, principalmente no tocante ao exercício dos direitos fundamentais, ganhando relevo, assim, as discussões envolvendo as condições e limites para o exercício hábil de direitos por crianças e adolescentes.

Em estudo publicado em 1982, Lois Weithorne e Susan Campbell se dedicaram a avaliar a capacidade de crianças e adolescentes (com foco nas faixas etárias de nove, quatorze, dezoito e vinte e um anos) para decidirem sobre cuidados de saúde envolvendo diabetes, epilepsia, depressão e incontinência urinária. A amostra foi composta por noventa e seis pessoas, sendo vinte e quatro pertencentes a cada grupo etário (divididos em doze homens e doze mulheres).¹⁵

Um dos objetivos da pesquisa era comparar a capacidade decisória de adolescentes de quatorze anos com aqueles legalmente considerados adultos, tendo-se concluído que a competência de ambos os grupos era semelhante. No tocante à faixa etária de nove anos, concluiu-se que estes são capazes de compreenderem o mínimo do que é necessário quando solicitados a se manifestarem sobre um dilema envolvendo possibilidades terapêuticas, podendo-se manifestar de maneira clara e sensata sobre as preferências de tratamento tal como os adultos.¹⁶

No mesmo sentido, Priscilla Alderson publicou em 1993 um estudo que realizou durante dois anos no Reino Unido.¹⁷ A autora frequentou quatro hospitais e realizou entrevistas em enfermarias e clínicas com cento e vinte jovens pacientes com idades entre oito e quinze anos que realizaram cirurgias de grande porte e com setenta funcionários das entidades médicas. A autora concluiu em seu estudo, por exemplo, que crianças com oito anos de idade já poderiam

¹³ WOODHEAD, Martin. *Reconstructing developmental psychology: some firsts steps*. Milton Keynes: Children and Society, 1999, v. 13. Disponível em: <https://shre.ink/gCVd>. Acesso em: 08 out. 2018, p. 3-19.

¹⁴ WOODHEAD, Martin. Understanding children's rights. In: VERHELLEN, Eugene (org.). *Collected papers presented at the Fifth Interdisciplinary Course on Children's Rights*. Gante: Children's Rights Centre, 2002, p. 113-127.

¹⁵ CAMPBELL, Susan; WEITHORN, Louis. The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions. *Child Development*, Ann Arbor, v. 53, n. 6, p. 1589-1598, 1982, p. 1589-1598.

¹⁶ CAMPBELL, Susan; WEITHORN, Louis. The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions. *Child Development*, Ann Arbor, v. 53, n. 6, p. 1589-1598, 1982, p. 1589-1598.

¹⁷ ALDERSON, Priscilla. *Children's consent to surgery*. Buckingham: Open University Press, 1993

apresentar adequada compreensão sobre o seu diagnóstico e prognóstico, bem como tomar decisões envolvendo os seus cuidados de saúde.¹⁸

Mais recentemente a mesma autora, em parceria com as pesquisadoras Katy Sutcliffe e Katherine Curtis-Tyler, abordando os cuidados de saúde envolvendo crianças diabéticas, concluiu que as crianças têm uma capacidade muito mais sofisticada de tomar decisões sobre seus próprios cuidados de saúde do que geralmente é reconhecido na bioética, sendo que permitir a participação de crianças e adolescentes nos cuidados de saúde permite que estes sejam envolvidos em seu tratamento o máximo possível, ajudando-as a compreender e a assumir responsabilidade, de modo que possam navegar pela multiplicidade de decisões diárias que se fazem necessárias.¹⁹

Algumas outras pesquisas indicam que a partir de quatorze anos a capacidade de adolescentes de tomarem decisões ponderadas está tão desenvolvida quanto a de pessoas em idade adulta no que tange à correta compreensão das circunstâncias, dos processos decisórios e das consequências prováveis das decisões realizadas.²⁰ Inclusive, considera-se que crianças de nove anos são tão competentes quanto um adulto médio quando se trata de tomar decisões baseadas na eleição do que seria mais razoável.²¹ Nos estudos de Hirschheimer, Constantino e Osalka é possível encontrar relatos científicos de que a compreensão das consequências prováveis das decisões realizadas é uma habilidade adquirida, de modo geral, entre os 6 anos e o final da adolescência, de forma gradual, abrangendo também parte do período da infância.²²

Buscando avaliar a competência de menores de dezoito anos para tomar decisões, Tom Bartholomew realizou um estudo que consistia em mostrar aos participantes uma série de dilemas, convidando-os a eleger uma das cinco alternativas possíveis para enfrentá-los. O pesquisador utilizou quatro grupos etários (doze, quinze, dezoito e vinte e um anos) e concluiu que a competência para tomar decisões não possui uma diferença determinante entre jovens e adultos, sendo que critérios meramente etários se mostraram insuficientes para estabelecer o nível de competência para a tomada de decisões.²³

No contexto brasileiro, Marcia Mocellin Raymundo e José Roberto Godim realizaram

¹⁸ ALDERSON, Priscilla. *Children's consent to surgery*. Buckingham: Open University Press, 1993

¹⁹ ALDERSON, Priscilla. *Children's consent to surgery*. Buckingham: Open University Press, 1993, p. 25-34.

²⁰ LEWIS, Charles. Decision-making related to health: when could/should children behave responsibly? In: MELTON, Gary; KOOCHER, Gerald; SAKS, Michael. *Children's competence to consent*. New York: Plenum Press, 1998.

²¹ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 25

²² HIRSCHHEIMER, Mário; CONSTANTINO, Clóvis; OSELKA, Gabriel. Consentimento informado no atendimento pediátrico. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 128-129, 2010. Disponível em: <https://shre.ink/gvdu>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²³ BARTHOLOMEW, Tom. *Challenging assumptions about Young people's competence: Clearing the pathways to policy*. In: 5th CONFERENCE OF THE AUSTRALIAN INSTITUTE OF FAMILY STUDIES. Brisbane, 1996.

um estudo no Hospital de Clínicas de Porto Alegre (RS), buscando avaliar o desenvolvimento moral enquanto um indicador de capacidade para consentir. Os autores realizaram um estudo transversal com cinquenta e nove adolescentes e sessenta pacientes com mais de sessenta anos. Ao final da pesquisa os autores concluíram que grande parte dos adolescentes com idade entre quatorze e dezoito anos possuíam desenvolvimento moral semelhante ao de grande parcela da população adulta. Os mesmos também concluíram que a idade e o desenvolvimento moral não mostraram associação e que o critério etário aparentemente não era uma variável adequada para avaliar a capacidade de tomada de decisão.²⁴

Até mesmo no âmbito dos atuais estudos da psicologia evolutiva, destaca Roger Hart que existem quatro categorias conforme a avaliação da evolução das faculdades das crianças e adolescentes para a tomada de decisões: i) Até os três anos de idade as crianças carecem de capacidade para tomar decisões e não são capazes de compreender o ponto de vista dos demais; ii) Dos três até os onze anos de idade, as crianças reconhecem cada vez mais que as pessoas possuem distintas concepções e, durante este período, adquirem gradualmente a habilidade de compreender o ponto de vista dos outros; iii) Aproximadamente aos onze anos, as crianças começam a ser capazes de compreender a perspectiva das outras pessoas e entender que elas podem nutrir sentimentos mistos sobre uma mesma coisa; iv) Os adolescentes são capazes de refletir sobre o que é conveniente para a sociedade e desenvolvem uma consciência moral e legal.²⁵

Os estudos aqui apresentados evidenciam uma necessária discussão sobre o modelo tradicional de proteção, que atrela o discernimento a um marco prescritivo e exclusivamente etário, via de regra, dezesseis ou dezoito anos, e considera crianças e adolescentes enquanto sujeitos passivos e vulneráveis. Ainda que constitua um fator importante, a habilidade decisória das crianças e adolescentes não é constituída apenas por um elemento biológico, mas também histórico, familiar, social, cultural, dentre outros, sendo então um processo de desenvolvimento complexo e multifacetado. No tocante a procedimentos médicos, por exemplo, em que o elemento histórico-hospitalar é um importante fator, a habilidade decisória para decidir sobre um procedimento cirúrgico de um infante com diagnóstico de uma patologia congênita, por exemplo, Tetralogia de Fallot, não será equivalente à de um infante com um diagnóstico pontual, por exemplo, de Apendicite Crônica.

²⁴ RAYMUNDO, Marcia; GOLDIM, José. Moral psychological development related to the capacity of adolescents and elderly patients to consent. *Journal of Medical Ethics*, London, v. 8, n. 34, 2008. Disponível em: <https://shre.ink/gCV1>. Acesso em: 13 set. 2018, p. 602-605.

²⁵ HART, Roger. The developing capacities for children to participate. In: JOHNSON, Victoria *et al.* *Stepping forward, save the Children*. Londres: IDS/Instituto de Educação, 1998, p. 27-31.

Não se olvidando que a superproteção pode ser tão prejudicial quanto uma proteção insuficiente é que se justificam as atuais discussões sobre a insuficiência da teoria das capacidades, tal como prevista no Código Civil quando aplicada a crianças e adolescentes, principalmente no exercício de direitos personalíssimos e situações jurídicas existenciais, como veremos adiante.

2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

Por capacidade jurídica compreende-se tanto a capacidade de direito, isto é, a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, quanto a capacidade de agir, entendida enquanto a faculdade de exercer tais direitos e contrair obrigações.²⁶ A partir desta cisão conceitual é que se permite que a capacidade jurídica possa ser limitada e inserida em um regime especial e diferenciado, de maneira transitória ou permanente, conforme a presunção de diminuição ou ausência do discernimento. Assim, compreende-se o regime das incapacidades, ou regime das incapacidades de fato, de exercício ou negocial, no qual estão inseridos a criança e o adolescente.²⁷

Prevê o Código Civil Brasileiro que são absolutamente incapazes de exercerem pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, incapacidade que deverá ser suprida pelo instituto da representação - mecanismo típico de substituição da vontade. Já os relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de exercê-los são aqueles maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, que deverão ter sua incapacidade relativa suprida pelo instituto da assistência.

No texto inicial do Código Civil de 1916 consideravam-se absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não pudessem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Já os relativamente incapazes seriam os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas. Quanto às crianças e

²⁶ “A esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito, e se distingue da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo (...)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 263- 264.)

²⁷ SILVA, Dênis Franco; CICCIO, Maria Cristina de. Pessoas: conceito, capacidade, responsabilidade. In: LACERDA, Bruno; FERREIRA, Flávio; FERES, Marcos (org.). *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2011, p. 130.

adolescentes, embora se tenha promovido uma redução da idade em que se verifica o fim da menoridade, como pontua Simone Eberle, o Código Civil de 2002:

não se fez acompanhar de expedientes que pudessem incrementar os espaços de autonomia reservados aos menores antes de alcançarem aquele estágio. Repetiu-se a velha fórmula da divisão entre “os que podem tudo” e “aqueles que nada podem”, mediando-se essa cisão com uma categoria que idealmente deveria ser intermediária, mas que de fato propende muito mais para a inaptidão generalizada.²⁸

O principal efeito jurídico da teoria das incapacidades é a determinação de um tratamento diferenciado a um indivíduo tendo por fundamento uma característica pessoal sua, no caso das crianças e adolescentes, a idade.²⁹ Trata-se de uma regra que impõe distinções de tratamento a partir de uma técnica jurídica de *status* e que visa em princípio à proteção de determinados sujeitos compreendidos pelo ordenamento enquanto vulneráveis e que, por esse motivo, merecem especial tutela jurídica.

Por vulnerabilidade compreende-se uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, isto é, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando as suas relações sociais e jurídicas. A vulnerabilidade pode ser entendida como uma característica, um estado do sujeito mais fraco, representando um sinal de necessidade de tutela jurídica.³⁰ As crianças e adolescentes apresentam as características de uma pessoa em desenvolvimento, o que as torna vulneradas biologicamente, socialmente e psicologicamente, em menor ou maior medida.³¹

Como pontua Caio Mário da Silva Pereira,

o instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua proteção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura reestabelecer um equilíbrio.³²

²⁸ EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: O Estatuto da Menoridade no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 24-35, 2004.

²⁹ SÊCO, Thais Fernanda Tenório. *Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://shre.ink/gCvVa>. Acesso em: 05 set. 2018, p. 16

³⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

³¹ GAIVA, Maria Aparecida Munhoz. Pesquisa envolvendo crianças: aspectos éticos. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 138, 2009.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p.230.

Não obstante, a limitação do exercício da capacidade jurídica para determinados sujeitos também visa em larga medida à garantia de segurança jurídica nas relações, atendendo aos anseios tipicamente patrimoniais do tráfico jurídico. A partir da cisão do conceito de capacidade jurídica, tem-se um instrumental apto para conferir segurança às transações, afastando dos riscos do mercado e da disposição sobre patrimônios as pessoas inaptas para assumir responsabilidade patrimonial.³³

Quanto à distinção entre incapacidade absoluta e relativa, adotou o ordenamento jurídico brasileiro um critério de presunção quanto à intensidade do grau de vulnerabilidade. A partir desta distinção é que os atos praticados por aqueles compreendidos enquanto absolutamente incapazes estarão sujeitos ao instituto da representação, e, na ausência desta, serão submetidos ao instituto da nulidade. Já os atos praticados pelos relativamente incapazes deverão contar com a assistência de um terceiro e poderão estar sujeitos ao instituto da anulabilidade, podendo ainda ser convalidados ou confirmados.

Por meio de uma presunção abstrata e a *priori*, no tocante às crianças e adolescentes utiliza-se enquanto regra geral um critério etário para a avaliação da capacidade, e, por conseguinte, do discernimento para a tomada de decisões. Porém, já no século XIX a doutrina civilista tecia críticas a esta presunção absoluta. Neste sentido, por exemplo, Joaquim Felício dos Santos, autor do terceiro projeto de Código Civil do Brasil, após as tentativas frustradas de Teixeira de Freitas e Nabuco de Araújo:

Há menos de 12 a 14 anos mais sensatos que qualquer púbere. É incontestável a regra *malitia supplet aetatem*. Há exemplos de tutores entregarem a administração de certos bens, e de impúberes dirigindo muitos de seus negócios. Não há, nem pode haver uma regra certa sobre a incapacidade absoluta ou relativa das pessoas.³⁴

Na atualidade e consoante uma metodologia civil-constitucional, observa Pietro Perlingieri que:

a *incapacità naturale* construída, de um ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, se pode traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não corresponde à efetiva inidoneidade psíquica para realizar

³³ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwing (org.). *Bioética e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 313.

³⁴ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Comentário do Projeto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C.: 1884, Tomo I, p. 82.

determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros.³⁵

Em outra diversa, adverte ainda o autor que:

é necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma alternativa jurídica formal, entre menoridade e maioridade, entre capacidade e incapacidade. A contraposição entre capacidade e incapacidade de fato e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não patrimoniais, não corresponde à realidade.³⁶

Enquanto vantagens, este modelo baseado exclusivamente no critério etário tem, em sentido exemplificativo, a facilidade de compreensão e aplicação, uma reduzida possibilidade do surgimento de conflitos entre os menores e o exercício da autoridade parental e uma compreensão global de todos os indivíduos sobre quando poderão exercer determinados direitos ou deveres, vantagens que reforçam um argumento de segurança jurídica na utilização de um critério fixo e prescritivo.³⁷

Este critério, entretanto, pressupõe uma compreensão universalizável do desenvolvimento infantil e é inflexível perante inúmeras variáveis, não refletindo a realidade e o nível de responsabilidade que as crianças e adolescentes podem assumir nas tomadas de decisão. Ao delimitar de forma fixa, o direito apenas regula precariamente a realidade social. A juventude é uma construção social e cultural, e em nenhum lugar e em nenhum momento da história poderia ser definida segundo critérios exclusivamente biológicos ou jurídicos.³⁸

Ao pressupor a ausência de capacidade, o critério meramente etário resulta numa exclusão apriorística nos processos decisórios, de modo que na prática, uma boa parte da vulnerabilidade das crianças e adolescentes não se deve tanto a uma carência de capacidade natural, mas sim pela carência de poder e prestígio tais que lhes permitam exercer seus direitos e opor-se a qualquer abuso.³⁹ Esta inadequação do critério etário e da teoria das incapacidades, tal como estruturada no Código Civil, revela-se principalmente no exercício de direitos personalíssimos- aqui compreendidos os direitos fundamentais- e nas situações jurídicas existenciais.

Por direitos personalíssimos compreende-se aqueles que por sua natureza de direito

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1003-1004.

³⁷ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 72.

³⁸ LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean Claude. Introdução. In: LEVI, Giovanni (org.); Jean Claude, SCHMITT (org.). *A História dos Jovens: Da Antiguidade à Era Moderna*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 09.

³⁹ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 52.

subjetivo fundamental, como inerente à pessoa e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, não é possível a substituição da vontade do seu titular.⁴⁰ Nesse sentido, são atos que possuem enquanto condição necessária de validade e legitimidade que sejam praticados pelo mesmo sujeito sobre quem incidem os efeitos jurídicos ou, de qualquer maneira, que sejam pessoalmente praticados pelo sujeito da relação jurídica em questão, e nunca por um terceiro, ainda que, em outras situações jurídicas este possa estar auxiliado pelos institutos da representação ou da assistência.⁴¹

Já as situações jurídicas existenciais podem ser compreendidas como situações em que o objetivo direto é a realização da dignidade e têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o estilo de vida individual. Enquanto as situações patrimoniais têm função social, as situações existenciais têm apenas função pessoal.⁴²

Quanto a esta inadequação, anota Pietro Perlingieri que:

as capacidades de entender, de querer, de discernir, são expressões de gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiro, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que impeçam o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a programática inseparabilidade entre a titularidade e o exercício nas situações existentes a uma progressiva realização.⁴³

E, continua o autor:

a idade, não importa se menor, madura ou senil, não incide *de per se* sobre a aptidão para titularidade das situações subjetivas. O seu efetivo exercício pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de predeterminadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrárias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas, sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva. Deve-se verificar a real capacidade de efetuar e de realizar as escolhas e comportamentos correlatos às situações subjetivas interessadas.⁴⁴

Para Taysa Schiocchet, a atual teoria das incapacidades, tal como prevista no Código

⁴⁰ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de concinencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 43.

⁴¹SÈCO, Thaís Fernanda Tenório. *Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://shre.ink/gCVa>. Acesso em: 05 set. 2018, p. 42.

⁴²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 16, n. 75, p. 75-104, 2018, p. 87.

⁴³PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1003-1004.

⁴⁴PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167.

Civil, não se coaduna com a linguagem dos direitos humanos e da proteção integral.⁴⁵ Incorre-se no paradoxo de reconhecer as crianças e adolescentes como dignos de proteção e, ao mesmo tempo, lhes retirar a possibilidade de exercício direto dos seus direitos em nome desta mesma proteção. Reconhecer os adolescentes como sujeitos de direito implica em viabilizar o exercício de direitos e a edificação de sua autonomia. Logo, deve-se reconhecer a autonomia plena dos adolescentes para a prática de direitos fundamentais.⁴⁶

No mesmo sentido, para Rafael Rodrigues, é necessário repensar o regime das incapacidades, principalmente no que toca às situações jurídicas de cunho existencial, que envolvam o “próprio desenvolvimento humano do indivíduo”. De modo que não faz sentido reconhecer a titularidade de direitos personalíssimos e situações jurídicas existenciais sem uma garantia que possibilite o exercício. Assim, “(...) frente a situações que toquem diretamente ao desenvolvimento da sua própria personalidade, não pode mais ser admitido em nosso sistema que a vontade do incapaz seja irrelevante ou desprezada pelo Direito”⁴⁷

Assim, surge o desafio de se identificar quais são os mecanismos normativos mais eficazes para promover o respeito às capacidades das crianças e adolescentes, permitindo-lhes o exercício de seus direitos personalíssimos e fundamentais, e que ao mesmo tempo, não deixem de assegurar um nível adequado de proteção, dada a condição de sujeitos em desenvolvimento e, por conseguinte, de sujeitos vulneráveis.

3 MUDANÇA DE PARADIGMA NOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e constitui o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, tendo sido ratificada até o momento por 196 países.⁴⁸ No Brasil, o texto foi integrado ao ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de

⁴⁵SCHIOCCHET, Thaysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, v. 1, p. 397-398.

⁴⁶SCHIOCCHET, Thaysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, v. 1, p. 397-398.

⁴⁷ RODRIGUES, Rafael. A pessoa e o ser humano no Código Civil (arts. 1º-10). In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 41-44.

⁴⁸ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre direitos da criança. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/A01So>. Acesso em: 20 out. 2018.

1990.

O texto da Convenção é composto por cinquenta e quatro artigos, divididos em três partes: i) Sobre a definição do conceito de criança e de seus principais direitos; ii) Sobre o órgão de monitoramento; iii) Sobre os mecanismos de ratificação, adesão, reserva e emendas, dentre outros. Para efeitos da Convenção, compreende-se enquanto criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável, a maioridade seja alcançada antes.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança representa um marco na evolução dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tendo positivado a Doutrina da Proteção Integral. No Brasil, esta doutrina também foi adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Como pontua Tânia da Silva Pereira,

adotada a Doutrina da Proteção Integral, a população infanto-juvenil, em qualquer situação deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem sido reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos. A proteção, como prioridade absoluta, não é mais obrigação apenas da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser resguardados e defendidos por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.⁴⁹

Assim, por Doutrina da Proteção Integral compreende-se um “conjunto de conceitos que embasa a interpretação das normas referentes à proteção da criança e do adolescente”⁵⁰, isto é, trata-se de uma técnica de preenchimento de conteúdo para cláusulas abertas de proteção e como “afinamento da linguagem” para a discussão e a reflexão sobre os aspectos amplos de uma tutela integral.⁵¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de garantir um caráter sistemático às normas de proteção dos direitos das crianças e adolescentes (art. 6º) e colocar estes numa posição de “absoluta prioridade” (art. 4º), dispõe que:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-

⁴⁹ PEREIRA, Tânia. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 759-760.

⁵⁰ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://shre.ink/gCVa>. Acesso em: 05 set. 2018, p. 34-35.

⁵¹ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://shre.ink/gCVa>. Acesso em: 05 set. 2018, p. 34-35.

se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Quanto a esta posição de “absoluta prioridade”, já dispunha a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta forma, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança assenta-se em três premissas fundamentais.⁵² A primeira é a afirmação das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, de modo que para a proteção e promoção destes direitos é que se atribui um poder-dever aos genitores. A segunda é que na medida em que se desenvolvem as suas faculdades, gradualmente deve-se possibilitar e assegurar às crianças e adolescentes o exercício autônomo de seus direitos. E a terceira, sob a premissa de que os direitos garantidos às crianças e adolescentes existem independente de onde estes estejam, seja na escola, em casa ou em outras instituições, devendo, pois, o Estado, desempenhar um papel chave mediante a criação de um marco político e jurídico que promova a realização universal destes direitos.⁵³

Quanto à segunda premissa, referente ao exercício autônomo de direitos pelos infantes na medida de seu desenvolvimento, a Convenção concebe este último como um processo contínuo de interação entre a criança e o adolescente enquanto seres individualizados, com suas características intrínsecas, e o seu entorno, tanto imediato quanto num sentido mais amplo; esta interação conduz a evolução das faculdades das crianças e adolescentes e, com o tempo, ao seu estado de completa maturidade.⁵⁴ As capacidades, faculdades ou competências abarcam uma vasta gama de qualidades (morais, sociais, cognitivas, físicas e emocionais) que não se desenvolvem de maneira uniforme.⁵⁵

Assim, positivou-se o conceito de “evolução das faculdades” (art. 5º), também compreendida enquanto princípio da autonomia progressiva:

Art. 5º - Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres

⁵² LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 21.

⁵³ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 21.

⁵⁴ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 40.

⁵⁵ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 40.

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.

Este dispositivo constitui um elemento central no texto da Convenção, buscando promover um equilíbrio entre o reconhecimento dos infantes enquanto sujeitos ativos de suas próprias vidas, com o direito de serem escutados e respeitados e de que lhes seja concedida uma autonomia cada vez maior no exercício de seus direitos, e, ao mesmo tempo, que estes sejam protegidos em função de sua vulnerabilidade.⁵⁶ Assim, “este conceito constitui a base de um apropriado respeito à conduta independente dos infantes, sem expô-los prematuramente às plenas responsabilidades normalmente associadas à vida adulta”.⁵⁷ Nesse sentido, a função protetora dos pais e do Estado deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, intelectual, emocional, moral e social das crianças e adolescentes.⁵⁸

Ademais, o conceito de evolução das faculdades é pressuposto para o também positivado direito de participação (art. 12):

Art. 12.1 - Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Art. 12.2 - Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Por participação compreende-se um processo contínuo de expressão e de intervenção ativa, em diferentes esferas e níveis, realizado pela criança e pelo adolescente nos assuntos que lhes dizem respeito.⁵⁹ Como pontuam Gustavo Ribeiro e Luciana Berlini, refere-se à possibilidade do infante se envolver na solução de questões que afetem a sua saúde, seu estilo de vida, sua educação, dentre outros.⁶⁰ Basicamente, trata-se do direito e possibilidade garantido

⁵⁶ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 19.

⁵⁷ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 19.

⁵⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; BERLINI, Luciana Fernandes. A participação da criança nos processos decisórios relativos aos cuidados de saúde: entre o código civil e a convenção sobre os direitos da criança. In: VIEIRA, Marcelo; BARCELOS, Paulo. *Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 125.

⁵⁹ LANSDOWN, Gerison. *Every Child's right to be heard*. Londres: UNICEF, 2011, p. 03.

⁶⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; BERLINI, Luciana Fernandes. A participação da criança nos processos decisórios relativos aos cuidados de saúde: entre o código civil e a convenção sobre os direitos da criança. In: VIEIRA, Marcelo; BARCELOS, Paulo. *Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 118.

às crianças e adolescentes de participarem, isto é, se envolverem na deliberação de decisões que digam respeito às suas vivências, sendo ouvidos e tendo suas opiniões devidamente consideradas conforme o seu grau de discernimento.

Destarte, a positivação do direito de participação e de evolução das faculdades impõe a obrigação de que sejam garantidos às crianças e adolescentes apoios, estímulos e o reconhecimento quando tomam decisões por si mesmos, segundo sua própria vontade e capacidade, inseridos no contexto particular de sua família e comunidade.⁶¹ Ainda que em fase especial de desenvolvimento, e por isso carecedoras de proteção especial, estes não podem mais serem tratados enquanto meros sujeitos passivos nos processos decisórios, mas sim enquanto sujeitos ativos na medida da evolução de suas faculdades. Estes possuem o direito que suas faculdades sejam respeitadas e consideradas, independente de um marco etário.

Conforme Marcelo Vieira,

o Direito Infantojuvenil visa a garantir que as crianças e os adolescentes se desenvolvam de maneira saudável e se tornem adultos autônomos, solidários e socialmente ativos. O princípio da autonomia progressiva insere-se justamente nesses objetivos e impõe aos pais ou aos responsáveis o dever/direito de instruir e de orientar adequadamente (de acordo com a evolução das suas faculdades) as pessoas em desenvolvimento sobre o exercício de seus direitos, além de determinar que os Estados não interfiram nesse direito/dever dos adultos.⁶²

Como apresentado no início deste trabalho, um número cada vez maior de investigações atesta o papel ativo que as crianças e adolescentes desempenham no desenvolvimento de suas próprias habilidades, nas negociações que formam parte de sua vida e cotidiana e no grau de responsabilidades que assumem.⁶³

Não obstante, o conceito de evolução das faculdades, ou autonomia progressiva pode ser abordado dentro de três marcos conceituais.⁶⁴ Inicialmente enquanto uma noção evolutiva, reconhecendo-se que a realização dos direitos previstos na Convenção promove o desenvolvimento, a competência e a gradual autonomia pessoal das crianças e adolescentes. Num marco participativo ou emancipador, destaca-se o direito destes de terem respeitadas as suas capacidades, e por conseguinte, uma transferência da responsabilidade do exercício de direitos dos adultos para as crianças e adolescentes em função do seu nível de competência. E, finalmente, num marco protetor, admite-se que, dado que as faculdades se desenvolvem durante toda a infância, as crianças e adolescentes tem o direito de receber proteção de seus genitores e

⁶¹ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 20.

⁶² VIEIRA, Marcelo de Mello. *Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 58.

⁶³ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 29.

⁶⁴ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 32.

do Estado contra exposições a atividades com potencial de dano.⁶⁵

Positivado o princípio da autonomia progressiva, compreendido pela evolução das faculdades, juntamente com o direito de participação das crianças e adolescentes, tanto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), faz-se necessária a elaboração de alternativas e interpretações jurídicas aptas a promoverem e respeitarem os direitos e garantias destes sujeitos, e, nesse sentido, passa-se para o próximo e último tópico deste trabalho.

4 ALTERNATIVAS AO CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE ETÁRIO PARA AFERIÇÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA

Em substituição à Lei do Serviço Nacional de Saúde (Planejamento Familiar) de 1967, que fora revogada por força da Lei de Reorganização do Serviço Nacional de Saúde de 1973, promulgou-se na Inglaterra, em 1977, uma nova lei para disciplinar o tema. Uma das alterações promovidas pelo novo diploma normativo foi a instituição do dever para a Secretaria do Estado de “providenciar na medida em que considere necessário para atender a todas as exigências razoáveis na Inglaterra e País de Gales, o aconselhamento sobre contracepção, o exame médico de pessoas que buscam orientação sobre contracepção, o tratamento dessas pessoas e o fornecimento de substâncias e aparelhos contraceptivos”⁶⁶, não fazendo, entretanto, qualquer referência à idade das pessoas que poderiam ter acesso a tais orientações e tratamentos.

Após algumas reclamações em instâncias administrativas, em 1982, na cidade de Wisbech (Cambridgeshire), uma senhora inglesa que à época possuía quatro filhas menores de dezesseis anos e que se encontrava preocupada com a possibilidade de uma de suas filhas ter acesso a estas orientações e tratamentos sem seu prévio conhecimento, ingressou com uma ação judicial contra a autoridade sanitária e o departamento da área. O objeto da ação era estabelecer a extensão dos direitos e deveres dos pais em relação a meninas com idade inferior a 16 anos, e se a autorização concedida pela Lei Nacional de Saúde (Planejamento Familiar) de 1977 não violaria estes direitos.

⁶⁵ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 32.

⁶⁶ Original: “To arrange, to such extent as he considers necessary to meet all reasonable requirements in England and Wales, for the giving of advice on contraception, the medical examination of persons seeking advice on contraception, the treatment of such persons and the supply of contraceptive substances and appliances”. Fonte: INGLATERRA. National Health Service Act, 29th July 1977. An Act to consolidate certain provisions relating to the health service for England and Wales; and to repeal certain enactments relating to the health service which have ceased to have any effect. Disponível em: <https://shre.ink/gvg0>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Em sede de julgamento na Casa dos Lordes, em 1986, construiu-se o entendimento de que tal normativa não violava os direitos e deveres parentais, devendo a autoridade médica, no caso concreto, avaliar o discernimento do infante para ter acesso a tais orientações e tratamentos sem o consentimento dos genitores. Nesse sentido, destaque-se um dos votos que constituíram o julgado:

Parece-me beirar o absurdo sugerir que uma menina ou um menino de 16 anos não consiga efetivamente consentir, por exemplo, em fazer um exame médico de alguma lesão trivial em seu corpo ou mesmo em ter um braço quebrado. É claro que o consentimento dos pais normalmente deve ser solicitado, mas eles podem não estar imediatamente disponíveis. Desde que o paciente, seja menino ou menina, seja capaz de compreender o que é proposto e de expressar seus próprios desejos, não vejo nenhuma boa razão para sustentar que ele ou ela não tem capacidade para expressá-las de maneira válida e eficaz e para autorizar o médico a fazer o exame ou dar o tratamento que ele aconselha. Afinal, um menor com idade inferior a 16 anos pode, dentro de certos limites, entrar em um contrato. Ele ou ela também pode processar e ser processado, e pode fornecer provas por juramento. Por conseguinte, não estou disposta a admitir agora, pela primeira vez, que uma garota com menos de 16 anos não tem o poder de dar um consentimento válido para aconselhamento ou tratamento contraceptivo, apenas devido à sua idade.⁶⁷

Ainda que centrado em aspectos relativos à autoridade parental, fato é que o julgamento do *case Gillick v. West Norfolk & Wisbeck Area Health Authority [1986] AC 112 House of Lords* acabou permeado pela discussão sobre a possibilidade do infante consentir na realização de determinados atos e condutas. Este caso acabou se tornando um *leading case* nas discussões referentes à capacidade da criança e do adolescente, dando origem ao que doutrinariamente hoje se entende enquanto *teoria do menor maduro*.

Esta teoria surge a partir da identificação de limitações ao modelo exclusivamente etário, principalmente após a constatação sobre necessidade de serem pensadas alternativas que valorizem a participação da criança e do adolescente no seu processo de desenvolvimento e exercício autônomo de direitos, sem ignorar, por conseguinte, o seu caráter peculiar enquanto pessoas em desenvolvimento e, conseqüentemente, carecedoras de proteção especial.

⁶⁷ Original: “It seems to me verging on the absurd to suggest that a girl or a boy aged 16 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. I am not disposed to hold now, for the first time, that a girl aged less than 16 lacks the power to give valid consent to contraceptive advice or treatment, merely on account of her age”. O inteiro teor e todas as informações e aqui relatadas podem ser acessadas em: INGLATERRA. House of Lords. *Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and another*. London, 17 October 1985, p. 7. Disponível em: <https://shre.ink/gvCc>. Acesso em: 10 out. 2018.

Em contraposição ao modelo etário, poder-se-ia propor e vislumbrar um modelo com a progressiva eliminação de todos os limites fixos de idade, tal como ocorre, por exemplo, na Eritreia.⁶⁸ Com a ausência de um critério fixo, a determinação da capacidade civil poderia ser alcançada por uma presunção relativa de capacidade ou pela exigência da realização de um exame prévio de competências e habilidades para a realização de cada ato da vida civil.

Tal modelo, além de estimular o desenvolvimento de habilidades pelas crianças e adolescentes, permitiria que estes exercessem os seus direitos e contraíssem obrigações conforme a aquisição progressiva e particular de competências, respeitadas as variáveis econômicas, políticas e sociais. Porém, deve-se observar que a opção pela eliminação completa do sistema etário esbarra no ônus de atividades administrativas que deveriam ser empenhadas para a avaliação de competência para a prática de cada ato da vida civil. Quanto às desvantagens deste modelo, observa ainda Gerison Lansdown que este ignora o fato de que alguns limites etários são estabelecidos justamente para proteger as crianças e adolescentes contra situações de abuso ou exploração por parte dos adultos, além de garantir segurança ao tráfico jurídico.⁶⁹

Porquanto, entende-se que tanto o modelo puramente etário quanto o casuístico são incompatíveis com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, e, por conseguinte, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, recepcionada no Brasil pelo Decreto nº 99.710/1990, com Constituição da República de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990). Enquanto alternativas possíveis, surge um modelo flexível para o critério etário, admitindo-se a demonstração de competência para uma idade inferior à prevista, e um modelo misto que diferencie o critério de verificação da capacidade conforme a natureza do direito e do ato.

Consoante um modelo misto que diferencie o critério de verificação da capacidade conforme a natureza do direito e do ato jurídico, entende-se que no exercício de direitos que podem acarretar danos graves e irreparáveis à criança ou adolescente, ou expô-los a situações de abusos e exploração, deve-se ter enquanto critério de verificação da capacidade civil uma idade fixa, como para atividade laboral ou para alistamento nas forças armadas. Todavia, nas hipóteses em que o exercício de direitos possa acarretar danos graves e imediatos à criança ou adolescente, este critério etário deve se estabelecer sob uma premissa *iuris tantum*, isto é, de presunção relativa e que casuisticamente admita dilação probatória em contrário, como, por exemplo, em situações que envolvam o consentimento informado para procedimentos médico-

⁶⁸ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 72.

⁶⁹ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005, p. 73.

cirúrgico.

Já no exercício de direitos personalíssimos, a verificação deve ser realizada casuisticamente, não se aplicando o critério etário, e sim conforme a situação, se o menor demonstra possuir ou não competência para a tomada de decisão. São situações que envolvem direitos personalíssimos o processo de adoção, o consentimento para tratamentos médicos, o exercício da liberdade religiosa, dentre outras. Nestes casos, deve haver uma presunção *iuris tantum* de que o infante é capaz para o exercício de tais direitos.

No tocante ao exercício de direitos personalíssimos e aos elementos que devem ser avaliados, Thaís Sêco propõe que estes sejam classificados em quatro categorias: reversíveis ou não e adiáveis ou não.⁷⁰ Os classificados em reversíveis e adiáveis se encontram na esfera de plena liberdade dos infantes e seus responsáveis, devendo ser mediado pelo diálogo entre ambos. Os classificados em irreversíveis e adiáveis, devem ter o seu exercício adiado até que a criança e o adolescente demonstrem capacidade para realizar autonomamente sua escolha. Os classificados em reversíveis e inadiáveis devem ser tomados enquanto um “sim objetivo” porque embora não impliquem em custos, podem evitar danos. As situações mais complexas estarão relacionadas ao exercício de direitos personalíssimos classificados enquanto irreversíveis e simultaneamente inadiáveis, como, por exemplo, na hipótese de aborto de uma gestante adolescente. Nestes casos não deve haver uma resposta prévia de ordem abstrata, nem mesmo para estabelecer a quem caberá tomar a decisão, mas sim uma resposta construída no caso.⁷¹

Exemplos de instrumentos normativos próximos ao modelo misto, que conjuga um critério casuístico com um critério etário, podem ser verificados, por exemplo, nas legislações espanhola e portuguesa. Prevê o art. 162 do Código Civil espanhol que regula o instituto da representação das crianças e adolescentes não emancipados, que são excluídos da autoridade parental os atos relativos aos direitos de personalidade quando estes puderem ser exercidos por seus titulares.⁷² Para Miguel Ángel Asencio Sánchez, o sentido do artigo 162 é excluir do

⁷⁰ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013, p. 127. Disponível em: <https://shre.ink/gCVa>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁷¹ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013, p. 139-140. Disponível em: <https://shre.ink/gCVa>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁷² Original: De la representación legal de los hijos. Artículo 162. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos

âmbito de representação legal paterna os direitos personalíssimos da criança e do adolescente, os quais são congruentes com sua natureza inerente à esfera íntima do ser humano.⁷³

Além destes atos, estariam excluídos da representação legal familiar os atos que os infantes possuem capacidade para realizar de acordo com determinada previsão legal, para os quais a própria lei estabelece os requisitos de capacidade.⁷⁴ Especificamente no tocante ao direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, por exemplo, em caráter regulamentar, prevê o artigo 3º da Lei Orgânica 1/1982 que na hipótese de intervenção ou intromissão nesses direitos, deve haver consentimento emitido pelo próprio menor se suas condições de maturidade assim o permitirem.⁷⁵ Como pontua María José Santos Morón, tais condições de maturidade e discernimento devem ser verificadas a partir das condições da criança e do adolescente de valorar as consequências, positivas ou negativas, da decisão que pretende adotar, e sopesar suas vantagens, inconvenientes e possíveis riscos, sendo que para esta verificação deve-se tomar em consideração o tipo de consequências que pode derivar do ato.⁷⁶

Em sentido próximo, dispõe o art. 1881 do Código Civil português que estão excluídos dos poderes de representação dos genitores os atos que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os atos que dizem respeito a bens cuja administração não pertença aos pais.⁷⁷ Conforme o artigo 127, também estão excluídos dos poderes de representação os atos de

en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviera suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158. Fonte: ESPANHA. Real Decreto, de 24 de julio de 1889. Publica el Código Civil. Madrid, 1889. Disponível em: <https://encurtador.com.br/QztjJ>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁷³ ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de concinencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 46.

⁷⁴ ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de concinencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 46.

⁷⁵ Original: Artículo 3. 1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez. Fonte: ESPANHA. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982. Sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Madrid, 1982. Disponível em: <https://encurtador.com.br/R7gaV>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁷⁶ MORÓN, María José Santos. Menores y derechos de la personalidad: la autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, [s. v.], n. 15, p. 68, 2011. Disponível em: <https://shre.ink/gvWR>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁷⁷ Original: Poder de Representação. Art. 1881.º. 1. O poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais. 2. Se houver conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito às responsabilidades parentais, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal. Fonte: PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula sua aplicação. Lisboa, 1966. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hiMaS>. Acesso em: 18 nov. 2018.

administração ou disposição de bens que o maior de dezesseis anos haja adquirido por seu trabalho; os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens de pequena importância; e os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor – independente da sua idade – tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.⁷⁸

Para Pedro Pais de Vasconcelos, estes dispositivos instituem um regime que, com uma elasticidade muito grande, reconhece a capacidade do menor para a prática dos atos que estejam ao alcance da sua capacidade natural.⁷⁹ Assim, o que seja a capacidade natural do menor, o que sejam negócios próprios da vida corrente e o que sejam despesas e disposições de pequena importância são conceitos indeterminados, não definidos pela legislação.⁸⁰ O âmbito dos negócios próprios da vida corrente vai-se estendendo gradualmente conforme a sua idade e com a crescente maturidade, assim como o limite do valor dos atos que podem ser considerados de menor importância não é fixo e aumenta conforme a idade e a maturidade do menor, com a dimensão do seu patrimônio e a importância dos negócios em que esteja envolvido.⁸¹

Tais dispositivos excetuam e flexibilizam a regra geral de atribuição de capacidade jurídica, que a priori é adquirida aos dezoito anos. Para Henrich Ewald Horster:

A razão da flexibilidade reside no facto de a maturidade e o discernimento, imprescindíveis como pressupostos da capacidade para o exercício de direitos, não se adquirirem de maneira instantânea, de um momento para o outro, quando se atinge a maioridade, mas serem o resultado de um processo de evolução gradual. Desde modo, a lei tem de considerar não só as exigências da segurança do tráfico jurídico, mas também o direito à autodeterminação e auto-regulamentação da pessoa, na medida em que esta está em condições para fazer uso dos seus direitos e para actuar de uma maneira cada vez mais responsável.⁸²

Diferentemente de alguns autores, como Raylla Albuquerque e Volnei Garrafa, que

⁷⁸ Original: Exceções à incapacidade dos menores. Art. 127. 1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei: a) Os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho; b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância; c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício. 2. Pelos actos relativos à profissão, arte ou ofício do menor e pelos actos praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício só respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição. Fonte: PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula sua aplicação. Lisboa, 1966. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hiMaS>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁷⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*. 7 ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 99.

⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*. 7 ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 99.

⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*. 7 ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 99.

⁸² HORSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 322.

compreendem que existe no Brasil uma ausência de previsão legislativa que sustente tal participação das crianças e adolescentes nos processos de decisão,⁸³ compreendo, tal como proposto por Gustavo Ribeiro e Luciana Berlimi,⁸⁴ que o aparato legislativo constituído pela conjugação entre a Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 227), o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 15, 16 e 17) e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (artigos 5º e 12) possibilita a aplicação de um modelo misto no tocante à teoria das incapacidades no ordenamento pátrio, sendo este modelo o único compatível com a Doutrina da Proteção Integral positivada nestes documentos normativos.

No tocante à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, não se deve olvidar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 446.343 – (SP) (2008)⁸⁵, que firmou a tese de que as normas derivadas de tratados internacionais de direitos humanos apresentam um *status* de normas supralegais, isto é, possuem hierarquia normativa sobre a legislação ordinária e estão abaixo apenas do texto constitucional, podendo adquirir caráter constitucional caso sejam aprovadas pelo procedimento qualificado do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, a aplicação e interpretação da teoria das incapacidades no que se refere às crianças e adolescentes como prevista no Código Civil deve ser conformada com o disposto na Convenção e no texto constitucional, por um critério de hierarquia normativa, e com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, por um critério de especialidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, deve-se ressaltar a alteração substancial promovida contemporaneamente na perspectiva sobre o fenômeno da infância. Se no paradigma anterior, crianças e adolescentes eram enquadrados numa perspectiva de objetos de direitos, no atual estes passam a ser considerados enquanto sujeitos de direitos, amparados pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, recepcionada no Brasil pelo Decreto nº 99.710/1990, pela Constituição da

⁸³ ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 3, p. 456, 2016.

⁸⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; BERLINI, Luciana Fernandes. A participação da criança nos processos decisórios relativos aos cuidados de saúde: entre o código civil e a convenção sobre os direitos da criança. *In: VIEIRA, Marcelo; BARCELOS, Paulo. Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

⁸⁵ DEPOSITÁRIO infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto. Portal STF, Brasília, 23 nov. 2009. Disponível em: <https://shre.ink/gCVg>. Acesso em: 10 set. 2018.

República de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990).

Neste contexto, florescem as discussões envolvendo as condições para o exercício de direitos e deveres pelas crianças e adolescentes, com destaque para a discussão envolvendo o instituto da capacidade jurídica. Buscando inicialmente garantir segurança jurídica ao tráfico negocial, o Código Civil adotou um critério exclusivamente etário para a aferição da capacidade jurídica, sendo estabelecido os marcos de dezesseis e dezoito anos, para a aferição da incapacidade relativa ou absoluta, respectivamente.

Porquanto, recentemente uma gama de estudos científicos evidenciaram a inadequação de um critério exclusivamente etário para a aferição do discernimento, e, por conseguinte, da capacidade jurídica. A aquisição de capacidade perpassa uma série de fatores, tais como sociais, familiares e culturais, e não se resume apenas a um marco biológico de desenvolvimento. Este último deve ser compreendido enquanto um processo gradual, complexo e multifacetado, no qual vários elementos se conjugam e influenciam mutuamente.

Nesta toada, inserem-se os conceitos de autonomia progressiva e o direito de participação conferidos às crianças e adolescentes, positivados principalmente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Inobstante a previsão exclusiva de um critério etário para a atribuição de capacidade jurídica pelo Código Civil, conclui-se que aplicação e interpretação da teoria das incapacidades no que se refere às crianças e adolescentes deve ser conformada com o disposto na Convenção, no texto constitucional, e com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, no tocante a direitos personalíssimos e situações jurídicas existenciais, a verificação do discernimento deve ocorrer de forma casuística, admitindo-se uma participação ativa dos infantes na medida do desenvolvimento de suas faculdades. Ainda que em fase especial de desenvolvimento, e por isso carecedoras de proteção especial, a criança e o adolescente não podem mais serem tratados enquanto meros sujeitos passivos nos processos decisórios, mas sim enquanto sujeitos ativos, com direito de participarem e serem envolvidos nos processos de decisão que lhe digam respeito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 3, p. 452-458, 2016.

ALDERSON, Priscilla. *Children's consent to surgery*. Buckingham: Open University Press, 1993.

ALDERSON, Priscilla; SUTCLIFFE, Katy; CURTIS, Katherine. Children's competence to consent to medical treatment. *Hastings Center Report*, [s.l.], v. 36, n. 6, p. 25-34, 2006.

ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

BARTHOLOMEW, Tom. Challenging assumptions about young people's competence: clearing the pathways to policy. In: 5^a CONFERENCE OF THE AUSTRALIAN INSTITUTE OF FAMILY STUDIES. Brisbane, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://encurtador.com.br/0BhRV>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre Direitos da Criança. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/A01So>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [2002]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/kGoyO>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, [1916]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/GNRJc>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [1990]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/cQdXW>. Acesso em: 20 out. 2018.

CAMPBELL, Susan; WEITHORN, Louis. The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions. *Child Development*, Ann Arbor, v. 53, n. 6, p. 1589-1598, 1982.

CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. *Univesp*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 13-27, 2010. Disponível em: <https://encurtador.com.br/VQN4j>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DEPOSITÁRIO infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto. *Portal STF*, Brasília, 23 nov. 2009. Disponível em: <https://shre.ink/gCVg>. Acesso em: 10 set. 2018.

EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o Estatuto da Menoridade no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 24-35, 2004.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982. Sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Madrid, 1982. Disponível em: <https://encurtador.com.br/R7gaV>. Acesso em: 10 nov. 2018.

ESPAÑA. Real Decreto, de 24 de julio de 1889. Publica el Código Civil. Madrid, 1889. Disponível em: <https://encurtador.com.br/QztjJ>. Acesso em: 28 out. 2018.

GAIVA, Maria Aparecida Munhoz. Pesquisa envolvendo crianças: aspectos éticos. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 135-146, 2009.

HART, Roger. The developing capacities for children to participate. In: JOHNSON, Victoria et al. *Stepping forward, Save the Children*. Londres: IDS/Instituto de Educação, 1998.

HIRSCHHEIMER, Mário; CONSTANTINO, Clóvis; OSELKA, Gabriel. Consentimento informado no atendimento pediátrico. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 128-129, 2010. Disponível em: <https://shre.ink/gvdu>. Acesso em: 28 nov. 2018.

HORSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1992.

INGLATERRA. House of Lords. Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. London, 17 october 1985. Disponível em: <https://shre.ink/gvCc>. Acesso em: 10 out. 2018.

INGLATERRA. National Health Service Act, 29th July 1977. An Act to consolidate certain provisions relating to the health service for England and Wales; and to repeal certain enactments relating to the health service which have ceased to have any effect. Disponível em: <https://shre.ink/gvg0>. Acesso em: 10 nov. 2018.

LANSDOWN, Gerison. *Every Child's right to be heard*. Londres: UNICEF, 2011.

LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Florença: UNICEF, 2005.

LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean Claude. Introdução. In: LEVI, Giovanni (org.); SCHMITT, Jean Claude (org.). *A História dos Jovens: Da Antiguidade à Era Moderna*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LEWIS, Charles. Decision-making related to health: when could/should children behave responsibly? In: MELTON, Gary; KOOSCHER, Gerald; SAKS, Michael. *Children's competence to consent*. New York: Plenum Press, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORÓN, María José Santos. Menores y derechos de la personalidad: la autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, [s. v.], n. 15, p. 63-93, 2011. Disponível em: <https://shre.ink/gvWR>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

v. 1.

PEREIRA, Tânia. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIAGET, Jean. *A Evolução Intelectual da Adolescência à Vida Adulta*. Porto Alegre: Faculdade de Educação, 1993.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula sua aplicação. Lisboa, 1966. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hiMaS>. Acesso em: 18 nov. 2018.

RAYMUNDO, Marcia; GOLDIM, José. Moral psychological development related to the capacity of adolescents and elderly patients to consent. *Journal of Medical Ethics*, London, v. 8, n. 34, 2008. Disponível em: <https://shre.ink/gCV1>. Acesso em: 13 set. 2018.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; BERLINI, Luciana Fernandes. A participação da criança nos processos decisórios relativos aos cuidados de saúde: entre o código civil e a convenção sobre os direitos da criança. In: VIEIRA, Marcelo; BARCELOS, Paulo. *Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

RODRIGUES, Rafael. A pessoa e o ser humano no Código Civil (arts. 1º-10). In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

RUIZ, José María de Huidobro de Carlos. El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: visión desde el derecho. In: TORRE, Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Comillas, 2011. p. 101-142.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Comentário do Projeto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884. Tomo I.

SCHIOCCHET, Thaysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. v. 1.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://shre.ink/gCVa>. Acesso em: 05 set. 2018.

SILVA, Dênis Franco; CICCIO, Maria Cristina de. Pessoas: conceito, capacidade,

- responsabilidade. In: LACERDA, Bruno; FERREIRA, Flávio; FERES, Marcos (org.). *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, n. 75, p. 75-104, 2018.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- VIEIRA, Marcelo de Mello. *Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- WOODHEAD, Martin. Reconstructing developmental psychology: some first steps. *Children and Society*, Milton Keynes, v. 13, 1999. Disponível em: <https://shre.ink/gCVd>. Acesso em: 08 out. 2018.
- WOODHEAD, Martin. Understanding children's rights. In: VERHELLEN, Eugene (org.). *Collected papers presented at the Fifth Interdisciplinary Course on Children's Rights*. Gante: Children's Rights Centre, 2002.