

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO O MP EM AÇÃO**

Thamires Barros Calixto

Matrícula: 19372

Incapacidade como Proteção: perspectivas sobre os Direitos das Crianças e  
Adolescentes

Rio de Janeiro

2023

## **RESUMO**

Este trabalho apresenta o regime das capacidades trazido pelo ordenamento jurídico brasileiro, explorando as recentes alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e de que modo essas inovações devem influenciar a tratativa do tema em relações a crianças e adolescentes.

O objetivo é demonstrar que o critério etário estabelecido pelo legislador é insuficiente diante das circunstâncias fáticas e da promoção de dignidade humana.

## **I – INTRODUÇÃO**

Os ordenamentos jurídicos inicialmente se desenvolveram dentro de uma sociedade patriarcal, pautados pela necessidade de proteger a propriedade privada e as relações patrimoniais.

Com o pós-guerra e a redemocratização brasileira, a Constituição Federal de 1988 trouxe novos vetores aos quais a sociedade e a legislação vêm gradativamente se adequando.

No âmbito do Direito Civil, esse fenômeno vem se manifestando, dentre outras formas, através da releitura da autonomia privada que é limitada por normas de ordem pública inderrogáveis e pela centralidade da pessoa humana. Assim, a tutela da pessoa prevalece sobre a tutela da propriedade.

A centralidade da pessoa humana também trouxe ao debate a necessidade de redesenhar os institutos tradicionais do direito privado para que os grupos vulneráveis também fossem prestigiados pela mudança de paradigma. Antes, tais grupos, por sua posição de desvantagem, recebiam uma tutela do Estado que acabava por restringir a autonomia desses indivíduos, pois o legislador confundia tal desvantagem com falta de discernimento.

A nova dogmática constitucional trouxe nova luz a essa temática, como podemos ver pelas regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência que estabeleceu uma nova dinâmica para que pessoas com deficiência possam exercer seus direitos.

Espera-se que esse marco legislativo seja a porta de entrada para que outros grupos vulneráveis recebam adequada proteção por parte do legislador e que as regras que lhes tocam serem revisitadas para que possam igualmente ter a autonomia promovida.

Em especial, abordaremos a questão da teoria das incapacidades em relação às crianças e adolescentes, uma temática que abrange a autonomia e a maturidade para exercer a autodeterminação.

## **II - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA**

Antes de tratarmos da temática da capacidade civil em si, é imprescindível anotar que ela está intrinsecamente ligada a ideia de dignidade humana e personalidade jurídica.

Contemporaneamente, o estudo do direito passa desde o início pela compreensão dos efeitos do pós-guerra e da redemocratização no ordenamento brasileiro. Esses dois marcos históricos tiveram grande influência sobre o pensamento sócio-político e jurídico, o que culminou na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Cidadã estabeleceu uma ruptura paradigmática com as suas antecessoras que não tinham normatividade e tampouco centralidade no ordenamento. Nas palavras do professor Roberto Barroso:

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”<sup>1</sup>

Assim, é imperioso destacar que com o novo papel da Constituição, a previsão no texto constitucional da dignidade da pessoa humana traz um dever de atuação dos poderes públicos que deve irradiar em todas as relações jurídicas. O mero fato de nascer humano

---

1 BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/Luis Roberto Barroso – 4. ed. – São Paulo: Saraiva 2013, p. 284.

confere ao indivíduo tutela constitucional de dignidade inerente a todas as pessoas e isso deve ser refletido em todos os âmbitos do Direito.

Festa forma, a dignidade da pessoa humana é um consenso ético do mundo ocidental de que o mero fato de nascer humano confere ao indivíduo uma proteção especial. Não é um direito por si só, mas é o ponto de partida de inúmeros direitos. Os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, citando o professor Ingo Wolfgang Sarlet afirmam que:

“ (...) dignidade da pessoa humana é a ‘qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas de uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>2</sup>.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um conceito de conteúdo existencial. É cediço que a dignidade conferiu garantias progressistas em relação a aspectos patrimoniais, como a ideia de mínimo existencial ou patrimônio mínimo, que promovem uma existência digna no plano social, determinando ao Estado e à própria sociedade deveres para que o indivíduo viva dignamente. Contudo, a dignidade também deve ser tutelada no aspecto existencial, conferindo ao indivíduo a possibilidade de autodeterminação.

A autodeterminação se pauta pela ideia de liberdade do indivíduo para reger sua existência conforme sua própria percepção. É a ideia de que o Estado e a comunidade devem respeitar dentro de limites ponderáveis que o indivíduo tenha liberdade de escolha de seu próprio modo de viver ou, ainda, no âmbito público e social, com a participação política, por exemplo.

Especialmente no âmbito do Direito Civil, a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação do indivíduo afetam as diretrizes e institutos jurídicos basilares. Isso porque a legislação civilista muda o seu foco principal da tutela patrimonial para a pessoa

---

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 13. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

que passa a ser o centro da ordem jurídica. Isso se reflete também nas dinâmicas sociais que eram protegidas pelo direito privado dentro da lógica do Direito de Família orientado pela figura do “chefe de família”.

O ordenamento jurídico se origina de uma cultura patrimonialista cuja lógica sistêmica era de que o sujeito de direitos receberia tutela na medida em que seja detentor de patrimônio. Ainda, historicamente, a personalidade jurídica era entendida tão somente como aptidão genérica da pessoa para titularizar relações jurídicas. Assim, os institutos civilistas se prestavam de forma primordial à proteção das relações patrimoniais.

Contudo, a própria complexidade dessas questões teve o condão de desassociar a ideia de personalidade da aptidão genérica da pessoa para titularizar relações jurídicas. Ocorre que a sociedade precisou criar entes despersonalizados, como o condomínio edilício ou a sociedade de fato, que mesmo sem personalidade jurídica, são titulares de diversas relações jurídicas.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana conferiu um novo colorido à personalidade jurídica, a mudança de paradigma e a afirmação da dignidade humana como princípio maior fizeram com que a personalidade enquanto conceito basilar do Direito Civil devesse ser encarada sob outra ótica.

Hoje, entendemos que a personalidade jurídica é a qualidade que dá suporte a todos os direitos inerentes ao indivíduo. É permeada de um conteúdo existencial: a pessoa não pode ser mera titular de direitos, é imprescindível que tenha uma tutela mínima, uma proteção jurídica inerente à sua natureza humana. Assim, a personalidade não é um direito em si, mas viabiliza o exercício de direitos, com destaque para direitos existenciais.

Assim, a doutrina contemporânea, para além de identificar a personalidade jurídica como aptidão de titularizar relações jurídicas, acresceu à personalidade a dimensão de ser um conjunto de atributos próprios e inerentes da pessoa humana. Além das questões patrimoniais, a personalidade jurídica confere ao indivíduo uma tutela jurídica especial, viabilizando que direitos fundamentais sejam reclamados a fim de promover a dignidade humana.

Com isso, hoje temos a personalidade jurídica em seu caráter subjetivo, com viés patrimonialista e a personalidade em seu caráter objetivo com viés existencial.

### III - CAPACIDADE

Entendido o conteúdo da personalidade jurídica, passamos então a analisar a capacidade.

A capacidade está prevista no art. 1º do Código Civil<sup>3</sup> e, de acordo com os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“Toda e qualquer pessoa natural dispõe, inexoravelmente, de personalidade jurídica, podendo titularizar relações jurídicas. É, pois, sujeito de direitos. Contudo, a personalidade tem uma medida para a prática de atos determinados, que é a capacidade. Assim, qualquer pessoa humana pode ser titular de direitos e obrigações, porém nem toda pessoa praticará os atos da vida civil pessoalmente (somente aqueles que dispõe de capacidade plena).”<sup>4</sup>

Assim, toda pessoa humana é dotada de personalidade, sendo sujeito de direitos existenciais e patrimoniais e recebe tutela jurídica em ambos os aspectos. Contudo, o exercício dessa tutela não é amplo e irrestrito. Há pessoas que o legislador compreende que não são plenamente aptos ao exercício de seus direitos e, sendo assim, deve ser observado um regramento específico nesses casos.

Desta forma, há a capacidade plena que se desdobra na capacidade de direito (ou de gozo) e a capacidade de fato (ou de exercício).

A capacidade de direito ou de gozo está prevista no art. 1 do Código Civil e é amplamente reconhecida a qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, e confere a qualidade de ser sujeito de direitos. Já a capacidade de fato ou de exercício é a possibilidade do sujeito de por si mesmo exercer esses direitos. Note-se que todos os titulares de personalidade jurídica detêm capacidade de direito; no entanto, nem todos possuem a capacidade de fato.

Assim, a dignidade da pessoa humana, a personalidade jurídica e a capacidade são conceitos interdependentes e que, por vezes, se confundem. Com isso, promover a

---

3 “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 12 de maio de 2023.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 13. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 258.

dignidade humana e reconhecer indivíduos marginalizados como sujeitos de direitos passa por conferir maior conteúdo à personalidade jurídica desses indivíduos e, ainda, alargar a amplitude da capacidade.

Cumpram registrar os professores Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto que, inclusive, afirmam a capacidade como direito fundamental:

“hoje podemos falar não só do direito fundamental à personalidade (na dimensão jurídica, com todas as consequências que daí decorrem), como podemos ir além: falar no direito fundamental à capacidade civil. Capacidade civil tem a ver com autodeterminação, escolha dos próprios rumos, decisões sobre aspectos existenciais e patrimoniais da própria vida. A capacidade civil sempre foi negada, em maior ou menor grau, aqueles que se comportavam de modos diferentes do modelo padrão.

(...)

O direito civil dos nossos dias busca mais do que atribuir a essas pessoas a pecha de incapazes - enxergá-las como vulneráveis, sujeitas a um regime diferenciado de proteção (não uma proteção que anula, mais uma proteção que busca promover a autonomia das pessoas, dentro das possibilidades reais). (...)”<sup>5</sup>.

A partir do ensinamento dos professores, temos que a vulnerabilidade não impede que o indivíduo seja considerado capaz para o ordenamento jurídico; e conferir uma tutela especial aos indivíduos vulneráveis não importa em impedir que sejam ouvidos.

#### **IV – TEORIA DAS INCAPACIDADES**

Passemos, então, a analisar a teoria das incapacidades tendo sempre em mente que a incapacidade é excepcional porque limita o exercício dos atos civis.

Cumpram registrar que, então, a incapacidade subtrai a capacidade de fato, uma vez que a capacidade de direito é conferida a todos indistintamente. Se o sujeito não a detém de forma plena (capacidade de direito e capacidade de fato), houve a subtração da possibilidade de pessoalmente exercer seus direitos, cujo exercício fica condicionado à atuação conjunta de terceiros.

---

5 FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil – volume único. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald. – 7. ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022, p. 256.

Como a capacidade de direito ou de gozo é conferida a todos os indivíduos, está intrinsecamente atrelada ao conceito de personalidade e, conforme já exposto, as distinções que fundamentam a teoria das incapacidades se dão em relação ao exercício dos direitos, ou seja, a incapacidade subtrai do sujeito a possibilidade de praticar pessoalmente os atos da vida civil.

Os sujeitos incapazes são aqueles que, de acordo com o legislador, não possuem discernimento para a prática dos atos da vida civil. Assim, o exercício de direitos exige que terceiros se interponham na relação para suprir a falta de discernimento, representando ou assistindo o incapaz, conforme o caso.

O ordenamento traz a incapacidade em dois graus: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

Atualmente, existe apenas uma hipótese de incapacidade absolutas e está ligada exclusivamente ao critério etário: os menos de 16 anos não podem exercer por si sós os atos da vida civil. Na hipótese de absoluta incapacidade, o exercício de direitos depende de representação do sujeito incapaz.

Por sua vez, as hipóteses de incapacidade relativa decorrem de pessoas que possuem alguma excepcionalidade que inviabiliza o pleno exercício e exige que sejam assistidas. Assim, são relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de os exercer (i) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (ii) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (iii) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e, por fim, (iv) os pródigos. No caso dos relativamente incapazes, estes deverão ser assistidos para que seus atos tenham validade.

Por fim, cumpre reiterar que vulnerabilidade e incapacidade não se confundem. Em ambos os casos, há o reconhecimento pela legislação de que há uma situação de desvantagem. Contudo, enquanto a vulnerabilidade tem origem em fatores históricos e sociais diversos que não nos cabe analisar no momento; a incapacidade decorre de um posicionamento do legislador que enumera situações e estabelece que o indivíduo nessas circunstâncias não possui discernimento.



## V – ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/15) ilustram o que parece ser a tendência a ser seguida na tutela de pessoas outrora consideradas incapazes.

Nas palavras do professor Flavio Tartuce:

“Essa norma foi sancionada no dia 6 de julho de 2015, instituindo o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A lei foi publicada no dia 7 de julho, e tem vigência 180 dias após sua publicação, em janeiro de 2016. Em verdade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba por consolidar ideias constantes na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos do qual o País é signatário e que entrou no sistema jurídico com efeitos de Emenda à Constituição por força do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 e do Decreto 6.949/2009.

O art. 3.º da Convenção consagra como princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte a revogação de todos os diplomas legais que tratam as pessoas com deficiência de forma discriminatória” (...).<sup>6</sup>

Originalmente, o Código Civil de 2002 além de trazer os menores de 16 anos como absolutamente incapazes, o que foi mantido mesmo após as novidades legislativas, o art. 3º trazia também como incapazes os que por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Atualmente, as pessoas com deficiência adquiriram capacidade plena e os que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade poderão vir a ser declarados relativamente incapazes (art. 4º, inciso III da Código Civil).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe ainda regramentos que conservam a autonomia existencial da pessoa com deficiência, mesmo que haja a necessidade de restrição da capacidade civil, conforme o caso, como se vê:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

---

<sup>6</sup> Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. - 11. ed. - Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

(...)

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm) (acesso em 11 de maio de 2023).

Como se vê, a legislação deixou para trás a proteção das pessoas com deficiência se valendo do regime das incapacidades e promoveu o que o professor Tartuce chamou de “dignidade-liberdade”, na medida em que apenas excepcionalmente as pessoas com deficiência deverão ter restritos o exercício pleno dos seus direitos, a partir de uma análise pormenorizada do caso concreto e, ainda, que somente o exercício de direitos patrimoniais será afetado pela restrição.

## **VI - MUDANÇA DE PARADIGMA SOBRE A INCAPACIDADE COMO PROTEÇÃO**

Incapacidade e vulnerabilidade são conceitos distintos, em que pese o objetivo comum: ambos visam suprir uma situação de desvantagem, conferindo proteção ao indivíduo. Contudo, historicamente, os ordenamentos identificam grupos vulneráveis e a eles impõe regras que restringem a autonomia de forma desarrazoada com base na premissa de que estão tutelando aquele grupo.

Acerca de crianças e adolescentes, uma dessas formas se manifestou pelo regime das incapacidades, conforme se vê:

“Na narrativa do direito civil, o argumento protetivo repercutiu na construção do regime de incapacidades na parte geral do Código Civil de 1916 herança do sistema conceitual do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) projetada também no Código Civil de 2002. Em tal lógica, propalada pela manualística, a incapacidade fática de crianças e adolescentes é pressuposta, sem qualquer previsão de exceções. Trata-se de um modelo dual baseado no binômio capaz-incapaz, que opera a partir de parâmetros etários insuperáveis e cujos objetivos declarados são, de um lado, a proteção dos sujeitos menores de dezoito anos, os quais, em decorrência de sua imaturidade, podem colocar em risco seu patrimônio e, de outro, a garantia da segurança jurídica no âmbito das relações jurídicas. Consoante será adiante analisado, este modelo alinha-se à concepção estrutural do direito civil, fundamentada em uma abordagem legalista dos institutos, e desatende ao tratamento pessoalista estabelecido pela Constituição Federal diante da definição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República”<sup>8</sup>.

---

8 COPI, Lygia Maria - Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes [meio eletrônico] / Lygia Maria Copi. - Curitiba, 2021. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

O escopo de proteger crianças e adolescentes foi utilizado de forma arbitrária para violar direitos. Contudo, com a égide da Constituição de 1988 e posterior edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, adotou-se a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, garantindo-se a esse agrupamento o status de sujeito de direitos que não lhes era reconhecido. Com isso, o Estado, a família e a sociedade possuem o dever de tutelar a dignidade e liberdade de crianças e adolescentes.

“O sistema de incapacidades prevalente retrata a tendência estruturalista do direito, uma vez que, enclausurado em regras rígidas, não se adapta a situações concretas em que crianças e adolescentes apresentam capacidade fática para tomarem decisões jurídicas de modo autônomo. Em praticamente todos os casos, cabe aos pais ou aos representantes representar ou assistir a criança e o adolescente no exercício de seus direitos. Como se verá adiante, os institutos de representação e de assistência apesar da função declarada de proteção daqueles que não atingiram a maioridade civil têm como consequência a reafirmação da separação entre infância e direitos”<sup>9</sup>.

Aqui nos cabe rememorar que dignidade tal qual pontuado no início se relaciona com a possibilidade de autodeterminar-se. No âmbito civil, isso deve ser observado já na infância, haja vista que atualmente vige um conceito de personalidade jurídica e capacidade atrelados aos direitos existenciais e patrimoniais e que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no Capítulo II direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, destacando-se o direito de opinar e expressar-se (art. 16, inc. II) e preservação da autonomia, ideia e crenças (art. 17).

No entanto, não é esse o quadro desenhado pelo legislador civil em de 2002. As crianças e adolescentes eram marginalizados por institutos basilares do direito civil, despidos de autonomia, obstados de exercer direitos subjetivos pela teoria das incapacidades já sob a égide do Código Civil de 1916, modelo que foi replicado na codificação de 2002, em que pese as diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988.

A legislação permanece se valendo do critério exclusivamente etário para definir quem são os sujeitos com discernimento ou não. É um posicionamento que relaciona proteção com incapacidade e acaba restringindo direitos de crianças e adolescentes

---

<sup>9</sup> COPI, Lygia Maria - Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes [meio eletrônico] / Lygia Maria Copi. - Curitiba, 2021. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

indistintamente. Assim, esse grupo vê seus direitos restritos e condicionados à atuação de terceiros.

Sob a perspectiva tradicional, a normativa tal qual prevista confere segurança jurídica às relações patrimoniais; no entanto, se distancia das diretrizes constitucionais e, ainda, do arcabouço oriundo do sistema internacional de direitos humanos.

Os sistemas internacionais vêm consolidando a ideia da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, trazendo dispositivos que buscam a promoção da maturidade e abrindo espaço para que a criança e o adolescente sejam ouvidos, especialmente em casos que afetem seus direitos existenciais. Assim, dependendo das circunstâncias e do ato civil a ser praticado, há uma tendência internacional de direitos humanos a fomentar a participação ativa da criança e adolescente na tomada de decisão.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Atala Riffo y Ninãs vs. Chile*, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, questionou a ausência de participação das crianças num processo em que ambos os pais se apresentam como representantes, conforme se vê:

“67. Na Resolução de 29 de novembro de 2011 (par. 12 supra), esta Corte salientou que em nenhuma parte dos autos havia uma manifestação precisa por parte das crianças M., V. e R. a respeito de sua concordância com a representação que exercia qualquer dos pais, e de seu desejo de serem consideradas supostas vítimas neste caso. A Corte ressaltou que, embora existissem dois escritos mediante os quais tanto o pai quanto a mãe declaravam que atuavam em representação das três crianças perante este Tribunal, a posição da mãe e do pai não necessariamente representavam os interesses das crianças.

68. Por outro lado, o Tribunal, na citada Resolução, salientou que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva na medida em que desenvolvem maior nível de autonomia pessoal, razão pela qual na primeira infância agem nesse sentido por meio dos familiares. Evidentemente, há grande variação no grau de desenvolvimento físico e intelectual, na experiência e na informação que cada criança possui. Portanto, na condução da diligência realizada segundo o disposto na mencionada Resolução (par. 13 supra) levou-se em conta que as três crianças têm nesse momento 12, 13 e 17 anos de idade e, conseqüentemente, poderiam existir diferenças de opinião e no nível de autonomia

peçoal para o exercício dos direitos de cada uma delas. No presente caso, em 8 de fevereiro de 2012, foram ouvidas duas das crianças (par. 13 supra)<sup>10</sup>.

Neste caso em que a guarda das crianças foi objeto de uma batalha judicial entre os pais, a Corte IDH pontua que não basta meramente realizar a oitiva da criança, mas que seus pontos de vista sejam efetivamente levados à discussão, ponderando sempre com a capacidade dela de formar um juízo próprio.

Contudo, esse panorama está em lenta desconstrução no Brasil, sob a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Timidamente, a legislação e a jurisprudência afastam dualidade capacidade-incapacidade, dando voz às crianças e adolescentes, e quando não há abertura para a manifestação da criança e adolescente, já se questiona a representatividade dos pais e o exercício absoluto da autoridade parental.

Por exemplo, o art. 45, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente já prevê que a adoção do adolescente só ocorrerá mediante o seu consentimento, prestigiando a sua autonomia. Note-se que o consentimento expresse exigido é do indivíduo a partir de completos 12 anos, ou seja, daquele que sequer é considerado pela legislação civil como relativamente incapaz. Assim, o legislador prestigiou o adolescente com menos de 16 anos que outrora se pensou não ter qualquer discernimento.

Também temos a jurisprudência exercendo influência nessa quebra de paradigma. Em que pese não tratar da autonomia da criança e do adolescente, há julgado emblemático que questiona a autoridade parental a fim de que seja exercida a devida proteção dos filhos.

É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, estado, Distrito Federal ou município, com base em consenso médico-científico.

---

<sup>10</sup> Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Atala Riffo E Crianças Vs. Chile Sentença. De 24 De Fevereiro De 2012 (Mérito, Reparações E Custas). Disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf) (Acesso em 12 de maio de 2023)

Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

STF. Plenário. ARE 1267879/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003)<sup>11</sup>.

Considerando a lógica do legislador, os pais são os primeiros da linha para exercer a representação/assistência dos filhos. Contudo, esse julgado questiona a infalibilidade dessa previsão em prol do superior interesse dos filhos, o que é um importante passo no sentido de prestigiar a própria vontade da criança e do adolescente.

Não se pretende afirmar que a vontade manifestada pela criança será vinculante, mas que deverá necessariamente ser dada a oportunidade de ser ouvida no âmbito civil e para exercer direitos existenciais. Sua vontade deverá ser ponderada com os demais fatores, conforme o estágio da infância em que se encontre e a maturidade manifestada.

Conferir à criança e ao adolescente o status de incapaz acaba por negar a doutrina da proteção integral e o reconhecimento desses indivíduos como sujeitos de direitos. Elas também necessitam de espaço de autodeterminação, sem que se negue a necessidade de cercá-las de amparo para que possam manifestar sua vontade sem que lhe cause prejuízos. É um exercício dialético e demasiado complexo, mas que se adequa a todo o regramento internacional de direitos humanos e às garantias constitucionais.

Por fim, cumpre transcrever trecho interessante sobre os pilares da proteção de crianças e adolescentes, a partir da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente:

Com base em comentários à Convenção, é possível afirmar que a proteção por ela conferida às crianças e aos adolescentes se fundamenta em três principais pilares: o melhor interesse da criança, a autonomia progressiva e o direito de participação e de oitiva.

O instrumento, neste ponto, indica i) que a obtenção de autonomia pelas crianças e adolescentes é um processo gradual e heterogêneo, que depende da instrução e da orientação da família; ii) que o dever de cuidado dos pais e responsáveis em relação às crianças tem como objetivo a obtenção de autonomia por parte destas e, ainda, iii) que crianças e adolescentes são aptos a exercer seus direitos de acordo com a evolução de

---

<sup>11</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>>. Acesso em: 11/05/2023

suas capacidades. Este princípio, especialmente em virtude da terceira consequência, representa um desafio à coerência da ordem jurídica interna de diversos Estados que ratificaram a Convenção, pois, além de reconhecer que crianças e adolescentes são titulares de direitos, garante que podem também exercê-los. Desestabiliza, de tal forma, conceitos fundantes do direito moderno capacidade de agir, direito subjetivo, autonomia privada, dentre outros<sup>12</sup>.

Desta forma, podemos perceber que a efetiva proteção de crianças e adolescentes passa pela necessidade de conferir a eles o direito de participação e de ser ouvido, ou seja, a oportunização de participação efetiva na tomada de decisão sobre questões que afetem em algum grau seus direitos existenciais.

## **VII – CONCLUSÃO**

Com isso, foi possível analisar que sob a ótica da constitucionalização do Direito Civil, é necessário fazer a releitura dos institutos de forma que a legislação pátria abra espaço para a efetiva tutela dos Direitos Humanos.

A personalidade jurídica, que antes era pautada pela possibilidade do indivíduo titularizar relações jurídicas, passou a abarcar também o reconhecimento de direitos existenciais, a par dos direitos patrimoniais. Desta forma, a legislação civil passou a se ocupar dos direitos da personalidade sob a ótica da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que conferiu conteúdo humanístico aos institutos eminentemente patrimoniais, consagrando a centralidade da pessoa humana como na aplicação da teoria do patrimônio mínimo.

Esses avanços, em que pesem sejam louváveis, ainda não são suficientes.

Em atenção às modificações ainda necessárias, o legislador modificou o regime das incapacidades que definia as pessoas com deficiência como incapazes de forma generalizada. Isso acabava por tolher direitos de pessoas com deficiência que estavam plenamente aptas a exercer pessoalmente os atos da vida civil, impedindo, inclusive, que exercessem por si sós os direitos de caráter existencial, violando de forma desarrazoada a possibilidade de autodeterminação desses indivíduos.

---

<sup>12</sup> COPI, Lygia Maria - Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes [meio eletrônico] / Lygia Maria Copi. - Curitiba, 2021. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.



Desta forma, após a reforma legislativa trazida pela Lei n.º 13.146 de 2015, as pessoas com deficiência possuem, em regra, capacidade plena que só pode ser afastada ou restrita de forma excepcional. Assim, consideradas as circunstâncias do caso concreto, o indivíduo pode se valer da tomada de decisão assistida ou, em casos extremos, à curatela quando demonstrar não possuir o discernimento necessário para a prática de atos patrimoniais. Cumpre destacar que os atos existenciais permanecem intactos.

Essa mudança de paradigma para as pessoas com deficiência pode ser o ponto de partida para reformar o modo como o ordenamento civil tutela os direitos de crianças e adolescentes.

Com a égide da Constituição Federal de 1988 e a incorporação de tratados de direitos humanos sobre crianças e adolescentes, consagrou-se a doutrina da proteção integral. Sendo assim, trouxe ao debate a perspectiva de que crianças e adolescentes são indivíduos em formação e devem ser tratados como tal. Sendo reconhecidamente sujeitos de direitos, foi-lhes estendidos os direitos dos adultos somando-se uma tutela específica por estarem em processo de formação.

Desta forma, entende-se a criança e o adolescente como destinatário de Direitos Humanos, protegidos pela dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, titulares de direitos e interesses existenciais. A teoria das incapacidades acaba, tal qual fazia com as pessoas com deficiência, violando esses direitos e impedindo que as crianças tenham a possibilidade de autodeterminarem-se, de manifestar suas vontades e participar ativamente de processos de tomada de decisão que afetem seus projetos de vida.

Contudo, esse movimento deve ser feito com cautela e de forma interdisciplinar, uma vez que, conforme já pontuado, crianças e adolescentes estão em processo de formação. Assim, suas vontades, em que pese devam ser efetivamente consideradas, não vinculam a decisão do órgão julgador. Desta forma, a autodeterminação exige uma análise casuística da maturidade e aptidão da criança e fica vinculada estaticamente ao critério etário.

Existem dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e jurisprudência nacional e internacional que confrontam o regramento como hoje está estabelecido, o que é de suma importância para ampliar o debate sobre o tema.

## VIII – BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/Luis Roberto Barroso – 4. ed. – São Paulo: Saraiva 2013.

COPI, Lygia Maria - Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes [meio eletrônico] / Lygia Maria Copi. - Curitiba, 2021. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 13. ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil – volume único. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald. – 7. ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

SEABRA, Gustavo Cives. Manual de Direito da Criança e do Adolescente. 2ª edição. Belo Horizonte: CEI, 2021.

TARTUCE, Flavio - Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. - 11. ed. - Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021