

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ENTRE A TUTELA E A PROMOÇÃO DA AUTONOMIA PARA ATOS EXISTENCIAIS

Ana Beatriz Lima Pimentel¹
UNICHRISTUS

Larissa Lavor²
UNICHRISTUS

Melissa Ourives Veiga³
UNICHRISTUS

DOI: <https://doi.org/10.62140/APLLMV5492024>

Sumário: 1. Panorama histórico do perfil funcional do poder familiar no Brasil; 2. Princípio do melhor interesse e doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes; 3. O limite entre proteger e promover: a autonomia da pessoa menor na prática de atos existenciais; Considerações Finais; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre o poder familiar e seu perfil funcional dentro do ordenamento jurídico nacional a partir da construção histórica da família. Referido tema liga-se ao atual sistema de proteção de crianças e adolescentes enquanto membros de uma entidade familiar autônoma e diversa, a qual deve garantir a realização do melhor interesse e máxima proteção das pessoas menores de idade. Sendo certo que é necessário estabelecer limites entre proteger e emancipar, o estudo mostra o quão difícil pode ser tal ponderação caso não ocorra a devida interpretação dos institutos e seu perfil funcional. Quanto à metodologia aplicada, adota-se o tipo de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como finalidade um estudo descritivo e exploratório, classificando, explanando e interpretando os institutos estudados. Almeja-se, desta forma, a pura utilização dos resultados, oferecendo conhecimento com o intuito de aprofundar as ideias relacionadas ao tema do trabalho. Assim, a abordagem será qualitativa em busca de maior compreensão sobre a conformação necessária entre a autoridade parental e os princípios do melhor interesse e da proteção integral de crianças e adolescentes com o fito de garantir a proteção necessária combinada com a promoção da autonomia a esse grupo de vulneráveis. Diante do exposto, aponta-se o dever de os genitores atrelarem o melhor interesse da criança e do adolescente à proteção integral em especial nos atos existenciais de disposição corporal. Há de ressaltar que essa autonomia e consideração de vontades devem ser proporcional ao

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Público – Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Fortaleza. Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Christus. Membro do Grupo de Pesquisa CNPQ: Direito civil na legalidade constitucional do PPGD/UNIFOR. Advogada. abeatrizlp@hotmail.com

² Graduanda em Direito do Centro Universitário Christus; estagiária da AcFor (Agência de Regulamentação e Fiscalização de Serviços de Saneamento Ambiental); bolsista de iniciação científica no grupo de pesquisa sobre “Os limites contratuais decorrentes da autoridade familiar na atividade das crianças influenciadoras digitais”. larissa_lavor@hotmail.com

³ ³ Mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário Sete de Setembro. Especialista em Direito pela Faculdade Integrada do Ceará. Professora do Centro Universitário Christus - UNICHRITUS. Advogada. melissaveiga@gmail.com

crescimento natural do indivíduo, ou seja, os pais tem a obrigação de fornecer uma liberdade de escolhas na medida da maturidade do menor.

Palavras-chave: Poder familiar; Princípio do melhor interesse; Proteção integral; Proteção; Autodeterminação.

1. Panorama histórico do perfil funcional do poder familiar no Brasil

Não é novidade afirmar que o que hoje a sociedade conhece como família passou por diversas transformações, mudanças estas que acompanharam a modernização dos pensamentos, intensificação das relações interpessoais e a superação de conceitos pré-estabelecidos.

À medida que os indivíduos evoluíam na história, surgiam novos princípios que nortearam as pessoas para o rumo que atualmente elas seguem. O Direito, conseqüentemente, precisou acompanhar essas transformações, compreender os anseios sociais e aplicar tais disposições em forma de normas, para, então, garantir seu dever principal: os direitos das pessoas e a justiça.

Sob esse viés, é possível traçar uma linha temporal da evolução do conceito de autoridade parental e de como o Direito estava atrelado neste âmbito. Isto posto, não é surpresa apontar a drástica diferença das concepções passadas em relação às dos dias atuais, como a importância de cada membro da família modificou, a função de cada membro do núcleo familiar dentro do exercício dessa parentalidade e os princípios aplicáveis dentro de tal relação. Sendo assim, o início desse cenário encontra-se na época do pátrio poder, esse conceito não tinha função semelhante à atual autoridade familiar e seu exercício também é bastante diferente.

No contexto do pátrio poder, a família, sempre matrimonializada, resumia-se em pai, mãe e filhos. O patriarca centralizava para si a função de ser o chefe do núcleo, a pessoa que toma as decisões e manda na mulher e na prole. A genitora, nesse tocante, detinha a função de procriar e realizar os afazeres domésticos, não tendo seus direitos estabelecidos e firmados, como se tem nos dias atuais. Ela deveria ser submissa e obediente ao marido, não podia trabalhar e nem ter poder de decisão em relação à criação de seus próprios filhos. A desigualdade de gênero era algo comum na sociedade, na verdade, não apenas um costume, mas também uma realidade reconhecida legislativamente, haja vista que o próprio Código Civil de 1916 que vigorava no Brasil apontava como o poder patriarcal a modalidade a ser seguida.

Em relação ao tratamento e importância da prole na sociedade do pátrio poder, destaca-se, sobretudo, o modo autoritário e abusivo que o pai agia no exercício de tutela dos

filhos, os quais não tinham seus anseios e desejos pessoais respeitados, nem ao menos levados em consideração. O genitor decidia o rumo da vida de sua prole, o que fariam, que profissão seguiriam, com quem podiam se relacionar, além de várias outras imposições na esfera pessoal daqueles. Não havia um entendimento que o menor é um indivíduo, um ser humano, em desenvolvimento, que necessitava de cuidados e proteção juntamente à atenção à sua personalidade própria, justamente em razão da coisificação da criança e do adolescente como uma propriedade do pai. Infelizmente, essa criação, muitas vezes, impossibilitava o desenvolvimento adequado e saudável do menor, o qual podia crescer com traumas ou outros complexos de sentimentos que foram reprimidos na medida do seu crescimento.

Desse modo a sociedade seguiu por um tempo considerável, entretanto, com a evolução do pensamento das pessoas, os postulados da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento da importância de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do respeito mútuo, o Direito de Família entrou em uma nova fase. Esse novo patamar que o núcleo familiar passou a estar estabelecido trouxe consigo um conjunto de normas e princípios a serem seguidos, que visam proporcionar a justiça aos membros dessa seara.

O poder pátrio teve sua função transformada para o que viria a ser denominada, com o Código Civil de 2002, em poder familiar. Referido conceito prevê a igualdade de gênero, ou seja, pai e mãe têm igual poder e capacidade de tomar decisões, sem mais ter aquele antigo modo autoritário do genitor. A figura feminina passou a ser vista como uma genitora detentora de poder de decisão, e não apenas como o ser humano necessário para procriar, sua importância foi elevada ao nível do pai.

A evolução não se deu apenas na seara de gênero; em relação aos filhos, estes também conquistaram direitos, sobretudo, receberam o protagonismo na relação familiar, passaram a ser visto como um indivíduo em desenvolvimento, que necessita ser tutelado, mas com respeito à sua personalidade e personalidade. Nesse contexto, os pais, ao exercerem sua função constitucional de proteção de seus filhos, devem levar em consideração o Princípio do Melhor Interesse ao Menor, que basicamente estabelece o dever de os genitores protegerem sua prole, fornecerem todos os recursos possíveis e cabíveis para eles terem o melhor desenvolvimento, de acordo com sua realidade, mas sempre se atentando aos anseios pessoais do menor, sem impor decisões que não sejam proporcionais à personalidade do filho.

Há de se destacar que o princípio supracitado está longe de ser um fornecimento deliberado e ilimitado de decisões ao filho. Por óbvio, é irrazoável fornecer uma autonomia

tão grande assim ao menor. Por isso, é necessário frisar que o melhor interesse do menor procura apenas garantir o direito de autodeterminação à medida do seu amadurecimento e crescimento natural. Os pais devem e precisam se atentar a esse equilíbrio, pois essa dinâmica entre proteção, tutela e busca da emancipação da criança e do adolescente é justamente o que fornecerá um desenvolvimento adequado destes, para que no futuro possam exercer seus papéis de cidadão.

Outro ponto importante, é a diferenciação que a doutrina traz em relação à poder familiar para autoridade parental. Segundo os estudiosos do Direito, poder traz um sentido de imposição, de fazer com que o outro faça a vontade de alguém mesmo sem estar de acordo. A palavra poder remete ao controle, fugindo, justamente, do real intuito da concepção de poder familiar.

Por isso, é proposto que se utilize o termo autoridade parental, haja vista que autoridade se refere às figuras que exercem tutela e direcionamento de outro alguém. Na seara familiar, as autoridades são os pais, os quais detêm a capacidade de guiar a vida de seus filhos, representá-los até o momento de eles completarem a maioridade

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se a intensidade da importância do respeito mútuo nas relações familiares, a autoridade familiar, atual perfil do exercício da tutela parental, está atrelada à diversos princípios, sobretudo, à posição da dignidade da pessoa no centro de tudo. Destarte, foi traçada toda a evolução social do perfil da autoridade familiar, a forma que ela foi se desenvolvendo e como seus efeitos geram consequências na vida dos pais e filhos. Entende-se que a autoridade parental é um panorama complexo e ramificado, mas, entendendo todas as suas facetas, chega-se, sem dúvidas, no maior objetivo que há dentro desse cenário, que é a melhor tutela possível para o crescimento da criança e do adolescente.

2. Princípio do melhor interesse e doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e a determinação de atos existenciais

Com a evolução do Direito Civil Constitucional, a modernização da sociedade e a concretização de princípios fundamentais no ambiente família, surgiu uma nova fase no Direito de Família, etapa esta que trouxe a criança e o adolescente como um ser necessitado de tutela parental atrelado ao melhor interesse do menor, mas com possibilidade de autodeterminação.

Não raro se observa constante confusão sobre o conceito de melhor interesse do menor, a partir de uma tendência de compreender a norma como se fosse sinônimo de deixar todas as decisões para os filhos, e estes fazerem o que bem entenderem. No entanto, esse princípio estabelece apenas que os pais, ao exercerem sua função constitucional de tutela e

proteção dos filhos, considerem a pessoalidade e personalidade destes. Além disso, é de suma importância que forneçam autonomia emancipatória à medida que os filhos se desenvolvam, pois isso é uma maneira eficaz de possibilitar um crescimento adequado e uma verdadeira forma de forjar a pessoa para realizar suas funções como cidadão.

Salienta-se, sobretudo, que o princípio em questão está longe de fornecer uma deliberação inadequada de vontades dos menores, trata-se apenas de fornecer o desenvolvimento saudável deles juntamente à sua personalidade, ajustando ao melhor potencial deles. Nesse tocante, inclui-se o tema da doutrina da proteção integral, a qual teve seu marco com a Constituição Federal de 1988. Este princípio trouxe uma prioridade absoluta à figura da criança, reconhecendo-os como titulares de direitos, e uma visão de que esta é um indivíduo em desenvolvimento. Essa doutrina é fundamental para apontar o dever estatal de fornecer políticas públicas e recursos voltadas a proporcionar um melhor amadurecimento da criança e do adolescente; bem como é essencial para os pais priorizarem o bem estar do filho nas diversas tomadas de decisões.

No Brasil, o estudo dos direitos de personalidade de crianças e adolescentes ganhou reforço com a promulgação da Constituição de 1988, a qual prevê em seu art. 1º os fundamentos da República entre os quais está a dignidade da pessoa humana, abaixo apenas da soberania e da cidadania, presentes nos incisos anteriores do mesmo artigo. Assevera Teixeira⁴ que é significativa a previsão do princípio da dignidade no artigo de abertura da Constituição, especialmente após período de império do patrimonialismo e autoritarismo.

Entende-se, desta forma, que foi com o texto constitucional de 1988 que o Direito Civil brasileiro como um todo sofreu grandes e profundas modificações. Mesmo estabelecendo as diretrizes da ordem econômica e do desenvolvimento social, verifica-se que a proteção destinada à pessoa orienta a previsão de diversas regras e a própria atuação dos entes públicos além do setor privado, tornando perceptível a eleição de verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana⁵.

Aos vulneráveis o ordenamento jurídico reconhece a necessidade de amparo por outro sujeito nos atos civis. Entre os sujeitos que precisam de maior assistência e cuidado, do próprio ente público inclusive, estão as crianças e adolescentes, em razão da condição peculiar dessas pessoas, por estarem em desenvolvimento de sua própria existência. A eles a

⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In.: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CF/88 consolidou a doutrina da proteção integral, através da previsão do princípio do melhor interesse, consubstanciados no art. 227 da Constituição da República⁶.

Assim, a proteção do ser humano, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa, e em especial das pessoas no estado da menoridade, tornou-se o ponto de convergência das regras civis pertinentes à pessoa menor de idade e às relações jurídicas, nas quais os mesmos sujeitos fazem parte.

O ordenamento constrói uma teia de proteção aos menores buscando o equilíbrio entre a sua vulnerabilidade - decorrente de sua temporária imaturidade⁷ - e a promoção do desenvolvimento de sua autonomia privada - acatando como legítima, por vezes⁸, a declaração de vontade da pessoa menor nos atos da vida civil sejam patrimoniais ou existenciais como forma de expressão desta autonomia⁹.

Tem-se que a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança de 1959, da qual o Brasil é signatário, prevê que criança é toda pessoa que não tenha alcançado a idade de 18 anos. Referida norma, que foi ratificada nacionalmente pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, estabelece uma série de dispositivos protetivos, pautados na doutrina da proteção integral da criança, a ser realizada por todos os sujeitos envolvidos na tutela da pessoa humana menor em desenvolvimento¹⁰.

Ainda no ano de 1990, entrou em vigor no ordenamento jurídico nacional a Lei no. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a qual reúne uma série de dispositivos voltados à proteção integral da criança e do adolescente, tanto no âmbito da tutela individual, como familiar e também social. Aliado ao texto constitucional de 1988, o ECA determina que a concretização dos direitos e a proteção da pessoa menor seja realizada pela família, pela sociedade e pelo Estado.

⁶ É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

⁷ KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70-93, jan./abr. 2016

⁸ Como exemplo tem-se o direito de testar conferida aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; a possibilidade, na mesma idade, de serem testemunhas; e nos casos de adoção de serem ouvidos mesmo antes dos dezesseis anos.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

¹⁰ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez., 2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A0co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf> >. Acesso em: 23 maio 2024.

A mudança de eixo na proteção dos menores¹¹ vem atrelada ao reconhecimento constitucional de novos modelos de família e à previsão da igualdade dos sujeitos que compõem o arranjo familiar¹². O papel dos filhos deixou de ser apenas e tão somente periférico e passou a estar incluído no centro das atenções da própria família, da sociedade e do Estado, como decorrência do art. 227, CR/88. Por força constitucional, estabeleceu-se uma relação triangular de proteção dos menores até que eles passem a exercer sua autonomia em sentido de sua autodeterminação.

Deste modo, enquanto o menor não alcançar a autonomia de construir sua própria vontade de modo livre, consciente e espontâneo, em vistas de realização de um projeto de vida adequado à sua realização individual¹³, os sujeitos dessa relação triangular exercem a proteção de modo heterônomo, ou seja, de forma externa ao sujeito titular dos interesses protegidos.

Ocorre que mesmo com o advento da Constituição Federal em 1988 e o surgimento do microsistema em favor dos menores de idade, permanece a pessoa menor de 18 anos vinculada ao sistema tradicional das incapacidades em decorrência das disposições do Código Civil de 2002. Ou seja, embora titular de existência própria como pessoa – o que referido Código reconhece – dotado de personalidade jurídica e capacidade genérica para adquirir direitos, o menor não pode, muitas das vezes, exercer - livremente, sozinho e em nome próprio - sua autonomia na busca de sua autodeterminação e realização de seus direitos personalíssimos.

No que pertine aos direitos de personalidade, o corpo físico possui grande relevância na própria construção do autoconhecimento e manifestação da identidade perante o outro e do grupo social. Encontra no Código Civil de 2002 ampla proteção mas também restrições, como a indisponibilidade do corpo no todo ou em parte. Excepciona a indisponibilidade, a doação de órgãos e tecidos para fins de transplantes se realizada dentro dos limites legais previstos tanto no art. 13, parágrafo único, CC/02 como na Lei 9435/97.

3. Entre o proteger e o promover: a autonomia do adolescente na prática dos atos existenciais em superação à heteronomia familiar e estatal

Sobressai do princípio da dignidade a busca pela concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, sendo necessária à consecução deste propósito, por vezes, regras

¹¹ Se comparada à doutrina menorista vigente anteriormente ao ECA.

¹² MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. *Novos Estudos Jurídicos – NEJ*. Vol. 13, n. 1, p. 119-130, jan-jun, 2008.

¹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

especiais para tutela de pessoas com demandas especiais. Assevera Moraes¹⁴ que entre os diversos grupos de pessoas em situações especiais estão os vulneráveis que gozam de precedências e prerrogativas em relação a outros grupos, estado que autoriza a limitação da autonomia¹⁵. Entenda-se por vulnerabilidade a impossibilidade ou restrição – permanente ou transitória - de declarar a vontade de modo livre, consciente e espontâneo.

Inicialmente, a proteção heterônoma deve ser realizada pela família, mais precisamente pelos pais (pai e mãe), no exercício do poder familiar - ou autoridade parental, como aduz Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁶. Não se justifica o exercício desse “feixe de poderes”¹⁷ em razão do interesse dos seus titulares – os pais mas, tão somente, em favor dos menores em seu interesse – melhor interesse.

Ressalte, porém, que a proteção dispensada aos menores deverá ser exercida com vistas a um objetivo emancipatório dos próprios sujeitos envolvidos de modo que possam se desenvolver no sentido de alcançarem a liberdade de escolha nos atos pertinentes ao seu interesse individual¹⁸ uma vez que ampliou-se os direitos dos membros da família, incluindo-se dos menores sob a autoridade parental¹⁹.

Desta forma, percebe-se que o poder familiar deve cumprir com o papel²⁰ de apoio ao menor na medida de sua necessidade “promovendo a personalidade e edificando a autonomia (e autorresponsabilidade) da prole com o fim de ajudá-los a superar suas vulnerabilidades”²¹.

Na verdade, deve existir um balanceamento entre a autoridade parental e autonomia do filho. Quanto menos discernimento e, conseqüentemente, menos autonomia tem o filho maior a gerência do poder parental sobre o menor. Gerência esta que deve ser exercida, repita-se, com finalidade emancipatória do menor. Por outro lado, quanto maior a autonomia

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

¹⁵ KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70-93, jan./abr. 2016

¹⁶ Para Ana Carolina Brochado Teixeira (2023), a autoridade parental seria um “feixe de poderes e deveres” a serem exercidos pelos pais em prol dos filhos. Para a autora, é um tipo de poder jurídico dos pais vinculado ao melhor interesse dos filhos e não à vontade dos genitores titulares de tais poderes.

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2023.

¹⁸ BERALDO, Anna de Moraes Salles. Ponderações constitucionais sobre a autonomia psicofísica. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/ponderacoes-constitucionais-sobre-a-autonomia-psicofisica/>>. Data de acesso 02 jun 2024.

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2023.

²⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

²¹ MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 46, p. 3-52, abr./jun. 2011.

e o desenvolvimento do discernimento do filho, menos intensa deve ser a interferência dos pais.

Ocorre que, por vezes, é necessário que o Estado intervenha na prática do poder familiar. Nestes casos, tem-se a expressão do paternalismo jurídico que realiza o comando constitucional da proteção integral do menor por todos os sujeitos indicados no próprio texto constitucional, numa verdadeira “ciranda de marchas e contramarchas, gerada pela dicotomia autonomia/heteronomia”²².

Por paternalismo jurídico entenda-se as intervenções e limitações à autonomia individual impostas pelo Estado, através do ordenamento jurídico, a fim de garantir que os atos de vontade de um sujeito não comprometam seus direitos e garantias, ao que Dworking denomina “paternalismo puro”; assim como não interfira nos direitos, além dos da própria pessoa, dos outros da coletividade – paternalismo impuro²³.

Em geral, a ideia de paternalismo jurídico envolve aquilo que Garcia²⁴ denomina de “analogia paternalista” por envolver semelhança com a relação paterno-filial, soberano-súdito, médico-paciente, entre outras. Tem-se como exemplos tanto a imposição do uso do cinto de segurança nos veículos; como a vedação à esterilização em pessoas jovens, mesmo sendo vontade consciente do próprio sujeito; vacinação obrigatória; além das próprias restrições impostas à doação de órgãos entre vivos.

Considera-se que a atuação estatal deve ser, sempre que possível, de modo subsidiário à atuação familiar, estar circunscrita à determinada situação fática e ser temporária, a fim de não causar uma intervenção desnecessária ou desmedida no núcleo familiar - que pode contribuir com surgimento de diversos conflitos entre pais e filhos - assim como evitar a sobrecarga da responsabilidade estatal.

A questão crucial que se mostra é justamente no limite a este paternalismo a fim de que não se extrapole de uma relação de cuidado para uma relação de poder²⁵. As normas que, de algum modo, limitam a liberdade do menor nos atos da vida civil partem da presunção de que a restrição imposta por lei é o que condiz com o melhor interesse previsto constitucionalmente. O que vem a ser o melhor interesse, no entanto, é algo difícil de definir de modo abstrato, sem acurar-se em um determinado caso concreto.

²² MARCHI, M. M.; SZTAJN, R. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional de saúde e usuário dos serviços de saúde. Revista Biotécnica, Vol. 6; 39-45. Disponível em:<http://works.bepress.com/rachel_sztajn/23/>. Acesso em:27 maio 2024.

²³ DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: The Monist, Vol. 56, no. 1, p. 64-84, 1972.

²⁴ GARCIA, Macario Alemany. El Concepto y la Justificación del Paternalismo. (tese de Doutorado). San Vicente del Raspeig: Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, 2005.

²⁵ GARCIA, Macario Alemany. El Concepto y la Justificación del Paternalismo. (tese de Doutorado). San Vicente del Raspeig: Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, 2005.

Para Tânia da Silva Pereira²⁶ “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. A impossibilidade de firmar conceito único e geral, no entanto, não deve impedir que o intérprete assente o centro de comando do referido princípio, qual seja, a possibilidade da realização máxima dos direitos fundamentais do menor²⁷.

Estabece-se, então, como instrumentos de filtragem necessária a toda demanda que envolva criança e/ou adolescente, a realização da proteção integral do interesse em discussão, tendo com ponto convergente o princípio do melhor interesse e a cláusula geral de proteção à dignidade dessa pessoa. É através do alcance, proteção e exercício dos direitos de personalidade que o menor pode desenvolver sua autonomia e firmar suas responsabilidades perante a sociedade.

Sob a ótica da sistemática proposta por Canaris²⁸, a interpretação/aplicação da proteção integral conjugada com melhor interesse com escopo de garantir a consecução da dignidade da pessoa deve ser realizada de modo equilibrado, entre o cuidar e o emancipar, no sentido de promover a autonomia através das liberdades da pessoa menor. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser a medida para que seja sopesada a concretização do melhor interesse da criança²⁹.

É justamente por conta do escopo de concretização do real interesse do menor e por compreender que o discernimento alcançado a partir de determinada idade (16 anos completos, *v.g.*) é suficiente para a prática autônoma de certos atos é que o ECA possibilita que a criança e/ou adolescente seja ouvido em alguns procedimentos (como guarda e adoção); assim como o Código Civil/2002 reconhece legitimação a estes menores para casar, testar, testemunhar. Sendo certo, contudo, que a vontade declarada deve ser submetida ao feixe principiológico.

Não obstante à legitimação conferida por lei aos maiores de 16 anos para a práticas de certos atos da vida civil, estes permanecem como relativamente incapazes por força do

²⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana DADALTO. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

²⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

artigo 4º, CC/02. Isso se dá em razão da opção do legislador sobre o critério a ser utilizado para sistematizar a incapacidade no ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que a vinculação da idade à prática dos atos da vida civil na legislação nacional remonta ao final do século XIX, quando da elaboração do projeto do Código Civil por Beviláqua³⁰, o qual tornou-se lei no início do século XX. A seu tempo e época, o Código Civil de 1916 buscava servir, precipuamente, aos interesses patrimoniais do sujeito titular da propriedade e suas relações em torno de seu patrimônio – como no testamento, no contrato e até no casamento. No caso dos menores de idade, a restrição decorria da submissão dos filhos ao pátrio poder³¹.

Atualizando a norma, nos dias atuais tem-se o Código Civil aprovado em 2002 e cujo projeto fora da primeira metade da década de 70 do século XX. Aguardava-se maior ajuste da lei civil à Constituição de 1988 mas, o que se observa é a máxima preservação das regras do Código de Beviláqua, notadamente na parte geral da lei, a qual compreende o sistema das incapacidades. Destarte, não é exagero afirmar que as regras essenciais à aplicação do Direito Civil na atualidade encontram suas raízes no final do século XIX, o que por si só já pode indicar a inadequação de diversos dispositivos frente as mudanças e desenvolvimento da pessoa e de toda a sociedade.

Perdeu-se, entende-se, a oportunidade de separar o sistema das incapacidades no Código Civil de modo a resguardar a previsão da incapacidade pelo critério etário – tal como existe – para os atos patrimoniais e construir novo padrão para a aferição da capacidade para os atos existenciais baseada no discernimento e consentimento informado com vistas à concretização da autonomia do menor mas mediado pela proteção integral e melhor interesse do menor envolvido.

Independentemente da capacidade jurídica ou civil, há de ser reconhecida a titularidade de todos os direitos inerentes à personalidade às pessoas indistintamente, capazes e incapazes. Entende-se que é através do alcance, proteção e exercício dos direitos de personalidade que o menor pode desenvolver sua autonomia e firmar suas responsabilidades perante a sociedade.

Para o Direito Civil, a integridade do próprio corpo é, pois, um direito de personalidade e, ao mesmo tempo, um dever da pessoa. Isto porque o corpo físico possui grande relevância na própria construção do autoconhecimento e manifestação da identidade

³⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 3a. ed., vol. I, Rio de Janeiro; Livraria Francisco Alves, 1927.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

perante o outro e do grupo social, do que decorre a significativa proteção legal e a necessidade de observância as regras que relativizam este direito/dever. Na perspectiva da integridade psicofísica³², inclui-se a interferência na saúde física ou psicológica, de natureza estética ou terapêutica, cirúrgica ou clínica, eletiva ou emergencial.

Ocorre que além do critério entendimento ou compreensão, há de ser avaliado o tipo de ato que será realizado, o que na hipótese envolve disposição do próprio corpo. Ora, tem-se, em tal caso, disposição de direitos de personalidade, os quais são, regra geral, indisponíveis e irrenunciáveis mesmo para um adulto plenamente capaz.

A construção do sistema de incapacidades e a forma de substituição da vontade planejada pelo direito civil assentou-se, primordialmente, nos atos de disposição, ou seja do que poderia ser disponível em uma relação jurídica, do que poderia ser transferido de um sujeito a outro por ato de vontade direta ou indireta³³. Não parece razoável, contudo, que a mesma formula seja destinada aos atos existenciais. Sucede, assim, porque direitos de personalidade são, em regra, indisponíveis e irrenunciáveis. E intransferíveis, ou seja, são inatos e inerentes tão somente a seu titular³⁴. Na prática, então, especialmente nos atos que envolvem direitos existenciais tem-se a possibilidade da ocorrência de conflitos entre o interesse do menor com o interesse de seus pais³⁵ ou entre os interesses do menor e de seus pais com o interesse do Estado³⁶.

A fim de buscar soluções possíveis aos conflitos decorrentes do enfrentamento da autonomia do menor em face da heteronomia parental e estatal, pode-se visualizar critérios de interpretação e aplicação diferenciados levando-se em consideração o melhor interesse e a proteção integral de crianças e adolescentes, assim como a promoção da autodeterminação identitária das pessoas menores de 18 anos. Para apresentar o conflito e propor possível

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

³³ MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 37, p. 17-52, jan. /mar. 2009.

³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana DADALTO. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

³⁵ Nesse diapasão, pode-se citar caso emblemático que foi decidido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará em favor de adolescente de 17 anos que se recusava a se submeter a tratamento médico com objetivo de mutilar sua perna mesmo diante da liberação dada pelos genitores em favor da mutilação. Para o CREMEC ficou evidenciado que, “mesmo adolescente, tem ela a capacidade de escolher, pois lhe assiste o discernimento para entender os fatos”. Convém destacar que o procedimento proposto não era urgente e a paciente não corria risco iminente de morte. Prevaleceu o entendimento, pertinente com o art. 15 do Código Civil³⁵, que a menor, embora fosse relativamente incapaz para o direito civil, tinha discernimento necessário e suficiente para a tomada da decisão sobre ato que traria diminuição permanente de sua integridade física. Parecer CREMEC no 16/2005 de 26/12/2005 em processo de consulta no. 5746/2005.

³⁶ Veja-se questão enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal sobre ensino domiciliar (Recurso Extraordinário (RE) 888815).

solução concreta, fez-se a opção de analisar a questão sob as vistas do direito de disposição do próprio corpo, uma vez que pode envolver tanto questões de saúde, como estéticas e identitárias.

Endente-se ideal que seja possível a substituição da atual regra da incapacidade pela modulação do critério etário permeando-o com o critério do entendimento e do livre consentimento informado e esclarecido. Considera-se, no entanto, que somente a análise do caso concreto é que deverá fornecer dados para a modulação ora sugerida.

Reconhece-se que tal proposta eleva o cuidado necessário na análise do caso concreto, mas é compensado pelo exercício da autonomia e promoção da construção e desenvolvimento da pessoa de acordo com sua própria vontade e não direcionada pela vontade alheia, o que pode ensejar a falta de ajuste entre a decisão tomada e o impacto na integridade psicofísica da pessoa.

Considera-se, no entanto, que, assim como os maiores e capazes, será necessário que haja esclarecimento e informação clara e precisa do profissional de saúde responsável pelo atendimento do menor em observância ao dever médico de dar ciência sobre a saúde do paciente, a técnica ou tratamento a ser empregado e as consequências do ato médico e da escolha feita. Ciente de todas as informações necessárias, poderá a criança ou o adolescente declarar sua vontade de modo válido através de consentimento informado revogável até antes da realização efetiva da intervenção.

A declaração de consentimento livre e esclarecido decorre da conjugação das informações obtidas e do discernimento reconhecido do menor. Citado consentimento “deve ser interpretado como expressão da subjetividade do próprio paciente, em nome da tutela da pessoa humana – e, é direito fundamental do paciente”³⁷. Alie-se a isso, como já enfrentado antes, a assunção da responsabilidade correspondente aos atos praticados em sintonia com a vontade de autodeterminação da pessoa.

Outro ponto a ser considerado é a verificação da possibilidade ou não de adiamento da decisão em discussão para momento após a maioridade. Não que se esteja supondo um reconhecimento do menor ou o encerramento da querela pelas mesmas regras de idade já postas na codificação civil. O que se propõe é a possibilidade de adiamento a fim de evitar querelas desnecessárias.

Some-se à discussão, a preocupação atual com decisões passíveis ou não de reversibilidade após a concretização de algum ato de vontade. Afora o fato de mesmo o

³⁷ KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70-93, jan./abr. 2016

maior de idade poder tomar uma decisão baseada na vontade e posteriormente arrepende-se, em certa medida toda e qualquer decisão que envolva especialmente a disposição corporal parece ser irreversível, seja decorrente de uma pessoa maior e plenamente capaz ou seja uma pessoa menor mas com discernimento reconhecido.

Em contrapartida, a todos são reservadas regras de limitação à autonomia, inclusive a corporal³⁸. Desta forma, deve-se reconhecer que, mesmo sendo a eventual disposição do corpo um ato consentido de forma válida e informada, há de ser praticado dentro da licitude. A vontade declarada no exercício da autonomia não retifica “o que para o ordenamento é objetivamente ilícito”³⁹. Os excessos deverão ser corrigidos pelo próprio Estado na esteira do paternalismo jurídico.

Também não há de ser esquecido o fato de que, embora deva ser reconhecido o discernimento do menor para certos atos, ainda se trata de menor de idade e princípio da proteção integral dá-se em razão da idade e não da capacidade. Tome-se por base o ECA, o qual estabelece normas de caráter protetivo, promocional e, até, repressivo⁴⁰ destinadas aos menores de 18 anos – e a lei não menciona capacidade – e de observância obrigatória à família e ao próprio Estado.

Mesmo que a legislação civilista outorgue àquele que esteja ainda na menoridade a plena capacidade jurídica ou sua equiparação para viabilizar a funcionalização de seus próprios direitos, não se pode afastar o sistema constitucional de proteção e prioridade conferido ao menor. De sorte que, embora defenda-se o entendimento de ser necessária a modulação entre o discernimento e a idade no menor, permanece a família e o Estado com o dever de cuidado e proteção mas sua atuação somente seria justificada de modo subsidiário *se, quando e na medida* da necessidade, a qual só pode ser verificada no caso concreto.

Considerações finais

O ordenamento jurídico brasileiro e internacional tutelam a proteção integral, o melhor interesse e a dignidade enquanto pessoa humana da criança e do adolescente, como direito destes e dever de todos - Estado, sociedade e família. Ao estabelecer proteção prioritária aos menores, busca-se promover sua autonomia ao mesmo tempo que se impõe a heteronomia da proteção e defesa dos direitos e proteção dos menores.

³⁸ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau e ABÍLIO, Viviane da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In.: Diálogos sobre direito civil. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Edson. Vol.III. Rio de Janeiro: Renovar, p.339-354, 2012.

Justifica-se, assim, a subordinação do exercícios de determinados direitos ao poder familiar o qual deverá estar pautado na proteção integral e, em especial, no melhor interesse dos filhos menores e não emancipados. Destaca-se que o melhor interesse há de ser reconhecido na situação concreta que se apresente.

Entende-se, todavia, ser necessária a modulação entre o discernimento e a idade no menor nas questões relacionadas ao exercício dos direitos de personalidade na medida em que isso contribui para a autodeterminação e o desenvolvimento da pessoa enquanto ser único e dotado de direitos. Embora permaneça a família e o Estado com o dever de cuidado e proteção mas sua atuação somente seria justificada de modo subsidiário *se, quando e na medida* da necessidade, a qual só pode ser verificada no caso concreto.

Reconhece-se que, de muitas formas, o Estado busca resguardar o bem estar de cada pessoa através do paternalismo jurídico e, no que pertine aos menores de 18 anos, a atuação estatal deverá ser materializada na proteção heterônoma subsidiária da heteronomia parental. Espera-se que a autonomia da criança e/ou do adolescente seja promovida mesmo quando deva ser exercida a intervenção da família ou do Estado. Além disto e assim como o melhor interesse, os limites da heteronomia e do próprio paternalismo jurídico deverão ser verificados no caso concreto.

Defende-se, no entanto, que assim como poderia ocorrer com uma pessoa maior, permaneça o Estado, através do paternalismo na medida adequada, a coibir abusos ou extrapolações excessivas no ato de disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo em vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERALDO, Anna de Moraes Salles. Ponderações constitucionais sobre a autonomia psicofísica. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/ponderacoes-constitucionais-sobre-a-autonomia-psicofisica/>>. Data de acesso 02 jun 2024.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 3a. ed., vol. I, Rio de Janeiro; Livraria Francisco Alves, 1927.
- BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 16 jun. 2024.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *The Monist*, Vol. 56, no. 1, p. 64-84, 1972.
- GARCIA, Macario Alemany. *El Concepto y la Justificación del Paternalismo*. (tese de Doutorado). San Vicente del Raspeig: Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, 2005.

KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70-93, jan./abr. 2016

MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 17-52, jan. /mar. 2009.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 46, p. 3-52, abr./jun. 2011.

MARCHI, M. M.; SZTAJN, R. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional de saúde e usuário dos serviços de saúde. *Revista Biotécnica*, Vol. 6; 39-45. Disponível em: <http://works.bepress.com/rachel_sztajn/23/>. Acesso em: 27 maio 2024.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau e ABÍLIO, Viviane da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In.: *Diálogos sobre direito civil*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Edson. Vol.III. Rio de Janeiro: Renovar, p.339-354, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. *Novos Estudos Jurídicos – NEJ*. Vol. 13, n. 1, p. 119-130, jan-jun, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coords.). *Direito das famílias: por juristas brasileiras*. Indaiatuba/SP: Editora FOCO, 2024.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. A capacidade do empresário e o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 411-442, maio/ago. 2017. doi:10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2021.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez., 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A0co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana DADALTO. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In.: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.