

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Júlia Marcelino Cardoso

**Desdobramentos acerca da guarda de filhos de crianças e adolescentes: a titularidade do poder familiar**

Florianópolis

2021

Júlia Marcelino Cardoso

**Desdobramentos acerca da guarda de filhos de crianças e adolescentes: a titularidade do poder familiar**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Dóris Ghilardi

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Cardoso, Júlia Marcelino  
Desdobramentos acerca da guarda de filhos de  
crianças ou adolescentes : a titularidade do poder  
familiar / Júlia Marcelino Cardoso ; orientadora, Dóris  
Ghilardi, 2021.  
72 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito de Família. 3. Incapacidade absoluta.  
4. Incapacidade relativa. 5. Poder Familiar. I. Ghilardi,  
Dóris . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação  
em Direito. III. Título.

Não há exemplo maior de dedicação do que o da nossa família.  
À minha querida família, que tanto admiro, dedico o resultado do esforço realizado ao longo deste percurso, bem como a todos que estiveram ao meu lado durante esta caminhada.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por sempre abençoar e iluminar meu caminho. Se hoje cheguei até aqui com tantos motivos para ser grata, foi porque Ele cuidou de toda a minha trajetória.

Aos meus pais, Rosicléia Marcelino e Pedro Joaquim Cardoso Júnior, a quem palavras não seriam suficientes para conseguir agradecê-los e compensá-los por todo amor, suporte, proteção e incentivo que me deram desde sempre. Obrigada por nunca medirem esforços para permitir com que eu realizasse meus sonhos, eu levaria algumas vidas para conseguir retribuir tudo o que fizeram e continuam fazendo por mim. A minha querida irmã e melhor amiga, Manuela Marcelino Cardoso, que tanto torce por mim e deseja o meu sucesso, por todo o apoio que sempre me deu e todos os nossos momentos que, bons ou ruins, estávamos uma ao lado da outra. A vocês, todo o meu carinho, admiração e gratidão.

Ao meu namorado, Kalil Abreu de Almeida, por me dar tanto amor e carinho, por ser tão bondoso comigo e com todos ao seu redor e por me fazer uma pessoa muito melhor e mais feliz a cada dia. Obrigada por me apoiar e compreender, sobretudo durante a elaboração deste trabalho, oferecendo-me sempre aconchego e muito amor não só nos momentos difíceis, mas em todos os dias.

Aos meus amados avós paternos, Pedro e Devalme, meus grandes exemplos de dedicação e de amor genuíno, por todo amor dispensado a mim, por nunca deixarem faltar-me nada e por fazerem parte das minhas melhores memórias da infância, meus companheiros de uma vida. Aos meus estimados avós maternos, Sebastião e Rita, por sempre oferecerem um colo aconchegante, acolhedor e repleto de amor, por serem espelho de união familiar e por me darem tanto carinho.

Aos meus padrinhos, Wagner e Rosemeri, por sempre cumprirem tão bem o papel de meus segundos pais.

Aos meus familiares, que sempre estiveram zelando por mim e torcendo pelo meu sucesso.

Aos meus amigos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação pessoal. Vocês, com certeza, fizeram com que tudo fosse mais leve e animado. Sei que nossos caminhos não foram cruzados à toa, afinal amigo se escolhe. E se nos escolhemos, é porque o sentimento envolvido é leal e verdadeiro.

Àqueles que, pelo amor à educação e ao ensino, passaram parte de seus conhecimentos a mim: professores que, ao longo da minha vida, fizeram-me criar grande admiração e respeito pela arte de ensinar. Agradeço por colaborarem com a minha formação como pessoa e profissional, em especial aos professores do Colégio Educar, Colégio Elisa Andreoli e Colégio Energia.

À equipe do escritório de advocacia Cardoso & Oliveira Advogados Associados, onde tive o privilégio e prazer de estagiar com pessoas muito especiais. Foi lá que iniciei minha prática jurídica e adquiri muito conhecimento nos primeiros semestres de faculdade.

À equipe da 2ª Vara Cível de Biguaçu, que muito contribuíram para o meu crescimento e aprendizado na área.

À equipe da 2ª Promotoria de Justiça de Biguaçu, onde tive a oportunidade de obter ensinamentos de grande relevância, não só do ponto de vista jurídico, mas, sobretudo, social.

À Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, onde iniciei o curso de Direito e tive a honra de ter aulas ministradas por excelentes professores, em especial a matéria de Direito Penal – Parte Especial, lecionada no 5º semestre pelo meu pai.

À Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, onde estou concluindo minha graduação com muita gratidão e felicidade, por me acolher tão bem desde o início e por oferecer ensino público, gratuito e de qualidade.

À minha professora orientadora, Dra. Dóris Ghilardi, por aceitar prontamente auxiliar-me na elaboração desta monografia. Agradeço por toda atenção dedicada e por estar sempre disposta a ajudar-me.

Aos integrantes da Banca Examinadora, Profª. Drª. Vivian Degann, a quem tenho uma estima muito grande por todas as aulas ministradas ainda na UNIVALI com a excelência que lhe é própria, bem como ao Prof. e mestrando Leandro Canavarros, que aceitou de pronto o convite para participar da banca de avaliação deste trabalho.

A todos, o meu muito obrigada!

## RESUMO

O poder familiar vem passando por inúmeras transformações ao longo das décadas, de modo que deveria a legislação pátria sempre acompanhar essas mudanças. Contudo, não raramente, pode-se encontrar lacunas no ordenamento jurídico causadas por essas transformações, especialmente quando se trata da titularidade do poder familiar de pais crianças e adolescentes. O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetiva, portanto, analisar a possibilidade de atribuir aos genitores absoluta ou relativamente incapazes a titularidade do poder familiar de sua prole. Para tanto, inicialmente serão resgatados alguns conceitos importantes do Direito Civil, a fim de explicar o início da personalidade jurídica, a diferenciação entre capacidades de fato e de direito e incapacidade absoluta e relativa. Em seguida, é feito um panorama geral da infância e adolescência, realizando uma abordagem estatística acerca da gravidez ocorrida durante esse período, o que faz adentrar, então, ao tema da capacidade progressiva das crianças e adolescentes, bem como de sua autonomia jurídica em relação aos seus limites do poder familiar de seus próprios pais. Na sequência, aborda-se o método de análise subjetivo chamado Competência *Gillick*, trazendo conceitos atribuídos por autores e demais estudiosos sobre o assunto. Por fim, faz-se um traçado histórico do poder familiar, sobretudo no Brasil, definindo seu atual conceito e aspectos, chegando-se na discussão acerca da capacidade das crianças e dos adolescentes em relação à competência dos mesmos. Nesse ponto, a doutrina costuma divergir em posições antagônicas, apontando pela possibilidade de atribuição do poder familiar a crianças e adolescentes ante à sua competência progressiva ou pela impossibilidade da atribuição frente ao critério objetivo da incapacidade civil estabelecida no Código Civil de 2002. Apesar disso, pôde-se concluir pela presente pesquisa que o entendimento majoritário é pela possibilidade de crianças e adolescentes serem titulares do poder familiar, a depender de certos critérios subjetivos, o que será desenvolvido no presente trabalho. O método utilizado para tanto foi o dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e documentais.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Incapacidade absoluta. Incapacidade relativa. Poder Familiar.

## ABSTRACT

The family power has been undergoing transformations over the decades, so the national legislation should always accompany these changes. However, not common, one can find gaps in the legal system when it comes to the ownership of family power of incapable minor parents. This Course Conclusion Paper aims, therefore, to analyze the possibility of attributing to absolute or relatively incapable parents the ownership of the family power of their offspring. For that, some important concepts of Civil Law will be recovered, in order to explain the beginning of the legal personality, the differentiation between de facto and law appeal and absolute and relative incapacity. Then, an overview of childhood and adolescence is made, carrying out a statistical approach to the pregnancy that occurred during this period, then entering the theme of the progressive capacity of children and adolescents, as well as their legal capacity in relation to its limits of the family power of their own country and the subjective analysis method called Gillick Competence, also bringing concepts related to authors and other scholars on the subject. Finally, a historical outline of family power is made, especially in Brazil, defining its current concept and its aspects, arriving at the discussion about the capacity in relation to the competence of incapable minors. At this point, the doctrine usually diverges into antagonistic positions, which allows for the possibility of exercising family power to incapable minors in view of their progressive competence or for the impossibility of exercising it in view of the objective criterion of civil incapacity arising from the Civil Code of 2002. Dispensation, compatible - This research concludes that the majority understanding is due to the possibility of incapable minors being holders of family power, depending on certain subjective criteria, which will be developed in the present work. The method used for this was the deductive, through bibliographic and documentary research.

**Keywords:** Family law. Incapable minors. Family authority.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**Art.** Artigo

**Arts.** Artigos

**CC** Código Civil

**CF** Constituição Federal

**CSDC** Convenção sobre os Direitos das Crianças

**ECA** Estatuto da Criança e do Adolescente

**RE** Recuso Extraordinário

**REsp** Recurso Especial

**STF** Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>14</b>
2.1	COMEÇO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	15
2.2	FIM DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	17
2.3	CAPACIDADE CIVIL .....	20
2.4	DA INCAPACIDADE CIVIL .....	21
<b>2.4.1</b>	<b>Incapacidade absoluta .....</b>	<b>23</b>
<b>2.4.2</b>	<b>Incapacidade Relativa .....</b>	<b>24</b>
2.5	DA MAIORIDADE E EMANCIPAÇÃO .....	26
<b>3</b>	<b>INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA .....</b>	<b>29</b>
3.1	CAPACIDADE PROGRESSIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES .....	31
3.2	DA GRAVIDEZ NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA .....	36
3.3	AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS LIMITES DA AUTORIDADE PARENTAL .....	38
<b>3.3.1</b>	<b>Método de análise Competência Gillick .....</b>	<b>41</b>
<b>4</b>	<b>PODER FAMILIAR.....</b>	<b>44</b>
4.1	CONCEITO E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	46
4.2	TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR E SUAS FORMAS DE EXTINÇÃO, DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO.....	48
4.3	PODER FAMILIAR QUANTO À PESSOA DO FILHO.....	54
4.4	COMPETÊNCIA X CAPACIDADE DOS PAIS CRIANÇAS E ADOLESCENTES .....	58

4.5	ENTIDADE FAMILIAR COMPOSTA POR APENAS UM DOS PAIS CRIANÇA OU ADOLESCENTE.....	61
4.6	OS PAIS MAIORES DE 16 E MENORES DE 18 ANOS .....	62
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É inegável que a sociedade vem passando por constantes mudanças e evoluções ao longo da história, sobretudo no âmbito do Direito de Família.

Sabe-se, contudo, que essa transformação nem sempre é acompanhada pela legislação brasileira. É o que ocorre no caso de pais crianças e adolescentes, menores de 18 (dezoito) anos, em que a titularidade do poder familiar nessas situações não encontra previsão expressa no Código Civil de 2002 e nem mesmo na Constituição Federal, ficando propensa a controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

O poder familiar corresponde ao antigo “pátrio poder”, que era derivado do termo romano *patrio potestas*, segundo o qual o chefe da família possuía direito absoluto e incontestável sobre sua prole, podendo decidir, inclusive, sobre a vida ou a morte de seus filhos. Esse poder era, ainda, vitalício, findando somente com a morte ou no caso de concessão de determinadas dignidades ao filho, ou a emancipação deste. Posto isso, o pátrio poder caracterizava-se, então, como um conjunto de direitos que o pai possuía sobre a pessoa e os bens dos filhos, visando somente o seu interesse.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o caráter egoístico contido na norma foi despido, passando o poder familiar a ser interpretado não mais como um direito que era exclusivo do pai, dito chefe da família, mas sim como um dever de ambos os genitores em relação à prole, de modo a sempre proteger os interesses da criança ou adolescente.

Em que pese a legislação ter evoluído nesse quesito, o conceito de capacidade jurídica continua estagnado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo definido tão somente por idades predeterminadas de forma objetiva pelo legislador, o que não é capaz de acompanhar o desenvolvimento progressivo e a realidade fática de crianças e adolescentes do mundo atual.

Sendo assim, apesar de crianças e adolescentes serem sujeitos em pleno desenvolvimento, isso não significa necessariamente que são incapazes ou desprovidos de vontades ou possibilidades de manifestação acerca dos atos da vida civil.

Ademais, o atual cenário brasileiro, em que o índice de gravidez na infância ou adolescência está acima da média mundial, demonstra que a questão da titularidade do poder familiar de crianças e adolescentes é um tema extremamente relevante e atual no país.

Assim, surgiu o interesse no desenvolvimento deste estudo, que tem por fim analisar a possibilidade de atribuição da titularidade do poder familiar a crianças e adolescentes, já que o tema é de suma relevância, mormente do ponto de vista social.

Diante disso, chegou-se a uma problematização sobre o tema, qual seja: pais e mães crianças ou adolescentes, portanto incapazes, podem exercer a titularidade do poder familiar quanto à pessoa do filho?

A hipótese que pretende-se confirmar é que, de fato, a titularidade do poder familiar pode ser atribuída aos pais crianças e adolescentes, mas apenas nos casos em que o discernimento e as condições biológicas, psíquicas e patrimoniais do menor incapaz demonstrarem que o instituto da incapacidade pode ser mitigado, afastando momentaneamente a representatividade ou assistência, o que exige métodos de análise como o da Competência *Gillick*.

Tem-se, então, que o objetivo geral do presente estudo é apresentar possibilidades de cabimento de atribuição do poder familiar a pais crianças e adolescentes. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três capítulos e elaborada através de análises legais e bibliográficas, utilizando-se o método de abordagem dedutivo.

Esclarece-se, todavia, que o presente trabalho não pretende esgotar o vasto campo investigatório concernente ao assunto, mas sim promover mais conhecimento em relação ao tema, que, apesar de antigo, é pouco abordado nas pesquisas acadêmicas

Desta feita, no primeiro capítulo discorrer-se-á acerca da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, traçando desde o início da personalidade até o seu fim, conforme estabelecido na Constituição Federal e na legislação brasileira. Além disso, será abordada a capacidade civil, diferenciando-a em capacidade de fato da capacidade jurídica.

Ainda nessa seção, adentrando mais ao tema, tratar-se-á da incapacidade civil, com ênfase na incapacidade em razão da idade disposta no Código Civil de 2002, subdividindo-a entre os absolutamente incapazes, que são os sujeitos que tenham menos 16 (dezesesseis) anos de idade, e os relativamente incapazes, que, além dos ébrios habituais, viciados em tóxico, os que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade e os pródigos, são também os adolescentes que tenham entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos. A partir daí, o último ponto de destaque é a maioridade e a emancipação.

O segundo capítulo, por sua vez, será dedicado a traçar um panorama da infância e da adolescência, delineando, primeiramente, os aspectos da capacidade progressiva das

crianças e dos adolescentes, traduzindo-se no Princípio da Liberdade de Expressão ou da Oitiva Obrigatória e Participação. Num segundo momento, serão trazidos dados e questões relevantes acerca da gravidez durante esse período.

Conectando esses pontos, traz-se a ideia de autonomia da criança e do adolescente em contrapartida aos limites do poder familiar de seus genitores, apresentando o método de análise chamado Competência *Gillick* como alternativa para resolução dos conflitos surgidos a partir das possibilidades de atribuição ou não do poder familiar.

Como meio para verificação da capacidade progressiva de crianças e adolescentes para decidirem e opinarem em determinados atos da vida civil, o método de análise Competência *Gillick* analisa se a criança ou a adolescente possui inteligência e discernimento necessários para exercer a titularidade do poder familiar, sendo que o amadurecimento psicológico do infante é o que forma sua autonomia jurídica.

Já o terceiro e último capítulo visa delinear os aspectos do poder familiar, trazendo primeiramente um contexto histórico do instituto, partindo para análise de seus desdobramentos em conformidade com a Constituição Federal de 1988, como a sua titularidade, suas causas de extinção e suspensão e o poder familiar em relação à pessoa do filho. Ainda, é feito também um estudo acerca do embate entre capacidade e competência da criança e do adolescente.

Ao final, segue a conclusão e o embasamento bibliográfico da pesquisa.

## 2 PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para compreender a temática abordada no presente trabalho, é fundamental versar inicialmente sobre a ideia de personalidade jurídica e seus respectivos aspectos no ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Sabe-se que o Direito Civil prevê dois tipos de personalidade: o da pessoa natural e o da pessoa jurídica, sendo o primeiro caso a finalidade desta pesquisa.

O direito à personalidade é conferido a todo ser humano e encontra-se disposto no artigo 1º do Código Civil. Sendo assim, entende-se que o homem, por ser sujeito de direitos e obrigações, é dotado de personalidade.

Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 100) ensina que:

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

Para além da legislação civil, a personalidade é consagrada também na Constituição Federal de 1988, mais especificamente nos incisos do art. 5º, como um direito fundamental à vida, à liberdade e à igualdade, sendo, então, considerada como uma qualidade jurídica que serve de condição preliminar para que se possa adquirir direitos e submeter-se a deveres (GONÇALVES, 2020).

Neste trilhar, Clóvis Beviláqua (2001, p. 116) bem define a personalidade como “a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”, aptidão esta que é reconhecida hoje a todo indivíduo, o que significa uma verdadeira conquista para toda a civilização jurídica, eis que, para o direito romano, os escravos eram considerados coisas, não podendo possuir direitos e nem figurar como sujeito nas relações jurídicas, mas sim como objeto.

Já no direito brasileiro ao tempo da escravidão negra, a ideia de personalidade jurídica era atribuída a todo ser humano, ainda que o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre. Atualmente, conforme discutido, a personalidade jurídica é reconhecida pelo direito de forma universal e disposta em nosso Código Civil, que preconiza

que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil e, por isso, dotada de personalidade (PEREIRA, 2017a).

Tratando da personalidade jurídica da pessoa natural, vale destacar os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (2017a, p. 183) acerca da dispensa de requisitos para a atribuição da personalidade:

Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.

Assim, conforme defende Clóvis Beviláqua (2001), a personalidade jurídica utiliza como base a personalidade psíquica, apenas e somente no sentido de que sem essa, não poderia o homem ter se elevado até a concepção daquela.

Por fim, imperioso destacar que a personalidade jurídica trata-se de uma criação social, que é exigida pela necessidade de colocar em movimento o aparelho jurídico e, que, por isso, é modelada pela ordem jurídica (BEVILÁQUA, 2001).

Dito isso, passa-se a análise dos demais aspectos da personalidade jurídica.

## 2.1 COMEÇO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No direito brasileiro, a personalidade jurídica, também denominada de personalidade civil, tem início no nascimento com vida, perdurando durante toda a vida do indivíduo, ou seja, “desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade” (PEREIRA, 2017a, p. 184).

Vale destacar, porém, que a lei põe em resguardo os direitos do nascituro desde a concepção, conforme preconiza o art. 2º do Código Civil. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro considera como marco inicial da personalidade jurídica, bem como da pessoa natural, o nascimento com vida, resguardando, de certa forma, os direitos do nascituro.

A palavra nascituro tem origem no latim *nasciturus* e quer dizer aquele que ainda há de nascer, ou seja, é o ser que, embora concebido, ainda se encontra no ventre materno.



Neste ponto, é importante diferenciar o nascituro do concepturo, sendo esse último uma prole eventual, isto é, que ainda não foi concebida. Ao concepturo podem ser reservados alguns benefícios, como o previsto no art. 1.799, inciso I, do CC, que autoriza sejam chamados para suceder também filhos ainda não concebidos.

Desta feita, considerando que o disposto no art. 2º do CC provoca algumas contradições por condicionar o início da personalidade ao nascimento com vida e, de outro norte, resguardar direitos ao nascituro, faz-se necessário abordar as três teorias surgidas no ordenamento jurídico brasileiro: Teoria Concepcionista, Teoria Condicionista e Teoria Natalista.

A Teoria Concepcionista defende que a personalidade jurídica é adquirida antes do nascimento, desde o momento da concepção. Por essa ideia, os direitos do nascituro não estão condicionados à existência ou não de nascimento com vida.

Já a Teoria Condicionista afirma que a personalidade jurídica do nascituro tem início já no momento da concepção, ficando, porém, condicionada ao nascimento com vida. Assim, nessa teoria, o nascituro é pessoa condicional, tendo em vista que a aquisição da personalidade jurídica depende de uma condição suspensiva, qual seja o nascimento com vida (GONÇALVES, 2020)

Enfim, a Teoria Natalista prega que a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida, não existindo qualquer direito antes disso, mas tão somente mera expectativa de direito. Sendo assim, nascendo com vida, o indivíduo adquire personalidade jurídica e passa a ser titular de direitos e obrigações, incluindo, inclusive, os de natureza patrimonial.

Posto isso, tem-se que para a legislação brasileira, o nascimento ocorre quando há a separação da criança do ventre materno, independentemente da forma do parto, podendo ser ele natural ou cirúrgico. Todavia, a jurisprudência atual já vem reconhecendo direitos e limites à proteção jurídica do nascituro, concedendo uma categoria especial de direitos que visam garantir o desenvolvimento digno e saudável ainda no meio intrauterino e o conseqüente nascimento com vida (BRASIL, 2014). Não há, porém, uma delimitação expressa desses direitos.

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das teorias aqui discorridas, adotando ora a teoria natalista, ora a concepcionista e, por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro

o direito à reparação moral. No entanto, como a questão não faz parte do mérito desta pesquisa, deixa-se de adentrar na temática.

Passado isso, no sistema adotado, considera-se nascido com vida somente aquele que respirou, ainda que por pouco tempo e que, na sequência, tenha falecido.

Neste ínterim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017a, p. 316) detalham o nascimento com vida:

Nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *dicimasia pulmonar*.

Sendo assim, para a legislação brasileira, a vida ocorre quando o nascido respira, isto é, quando inala o ar atmosférico, não importando que, logo após ter respirado, venha a falecer, uma vez que se considera que viveu, ainda que por pouco tempo.

Ressalta-se que em legislações antigas era necessário o preenchimento de outros requisitos para além do nascimento com vida. Na França, por exemplo, era imprescindível que aquele que viesse ao mundo fosse apto para a vida, sendo inapto aquele que tivesse a falta de órgãos essenciais, sem os quais seria impossível manter-se vivo. Já na Espanha, era considerada pessoa apenas aqueles que tivessem forma humana e permanecessem vivos por, ao menos, vinte e quatro horas (PEREIRA, 2017a).

Considerando que para o direito civil brasileiro o começo da personalidade é assentado no nascimento com vida, somente a partir disso que existirá uma pessoa com direitos e obrigações constituídos. “Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com sua morte os transmite” (PEREIRA, 2017a, p. 188).

Desta feita, considerando que a personalidade é subordinada ao nascimento com vida, cabe destacar, por fim, que não cabe o questionamento acerca da maneira em que se processou a concepção: se por via de relações sexuais, se devido a inseminação artificial ou se mediante processo de fertilização *in vitro*, todas elas deverão submeter-se ao nascimento com vida para poderem adquirir personalidade.

## 2.2 FIM DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como dito anteriormente, a personalidade jurídica é um atributo de todo indivíduo, que não carrega limitação alguma e que o acompanha durante toda a sua vida. Esse atributo só terá fim quando a existência do indivíduo, isto é, da pessoa natural, extinguir-se, ou seja, somente com a morte cessará a personalidade.

Em que pese a liberdade ser condição fundamental da liberdade para os povos antigos, o direito atual não admite nenhuma hipótese de perda da personalidade com vida, terminando a personalidade jurídica somente com a morte. Nem mesmo a cassação de direitos políticos prevista no art. 15 da Constituição Federal é capaz de extinguir a personalidade (PEREIRA, 2017a).

Absorvendo as contribuições da ciência moderna, o direito considera que a vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral e que tem fim com a chamada morte cerebral ou morte encefálica, que deve ser declarada por dois médicos. Após a ocorrência desta, o ser humano é considerado morto (BRASIL, 1997). Para a lavratura da certidão de óbito no cartório de registro civil competente, é necessária uma declaração médica da ocorrência da morte encefálica (FARIAS; ROSENVALD, 2017a).

Posto isso, havendo regular declaração médica atestando o óbito do indivíduo, tem-se a chamada morte real, que tem como requisito a certificação de um profissional habilitado para tanto, registrado no Conselho Federal de Medicina.

De outro norte, necessário falar sobre a presunção de morte para efeitos sucessórios, prevista inicialmente nos arts. 6º e 7º do CC, a qual não resulta na extinção da personalidade jurídica, conforme pondera Caio Mário da Silva Pereira (2017a, p. 190):

Para efeitos sucessórios, presume-se a morte quando ocorre a abertura da sucessão definitiva do ausente. O Código atual aboliu a incapacidade do ausente, regulando adequadamente o instituto. Desaparecida a pessoa de seu domicílio (art. 22), é mister se cuide de seus bens abrindo-se a sucessão provisória, que não gera a presunção de morte. Somente no caso de sucessão definitiva ocorre a sua presunção, que pode ser ilidida por prova em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). A presunção de morte vigora tão somente para efeitos patrimoniais. Não implica o fim da personalidade, pois que o regresso do ausente ao seu domicílio é reconhecido e produz os efeitos previstos em lei (art. 39 do Código Civil).

Entende-se, assim, que a morte presumida possui efeitos apenas patrimoniais, que servem para proteger o patrimônio do ausente, e alguns pessoais, não tendo como consequência o fim da personalidade jurídica.

Além disso, a presunção de morte será alcançada somente por meio de provimento judicial, devendo a medida cabível ser movida por algum dos interessados. Após as devidas buscas e investigações, e colhidas as provas satisfatórias, o magistrado declarará por sentença que será inscrita em registro público (art. 9º, inciso IV, do CC) a presunção de morte.

Sobre o assunto, importa mencionar que a morte, para extinguir a personalidade jurídica, precisa ter estabelecido o momento em que ocorreu ou, ainda, fazer a sua prova. A regra geral para comprovação do fato é a certidão extraída do registro de óbito e, em sua falta, outros meios supletivos ou indiretos de comprovação, que possibilitem ao juiz o proferimento de sentença que declare o óbito (PEREIRA, 2017a).

Ainda, não se deve confundir a prova indireta da morte com a ausência, eis que na prova indireta existe a certeza jurídica do perecimento, e já na ausência tem-se apenas a certeza do desaparecimento juntamente com a incerteza da existência atual.

Neste viés, o instituto da morte civil, embora tenha alguns resquícios ainda de seu uso na legislação vigente (art. 1.814 e seguintes do CC), não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio atual. Esse instituto considerava que quando uma pessoa era tratada como “coisa”, inapta a ter direitos e deveres em razão de algum ato previsto e estipulado em lei, continuando, porém, viva, caracterizava-se sua morte civil (GONÇALVES, 2017).

Feitas essas considerações, imperioso ressaltar que mesmo após a morte real e, conseqüentemente, do fim da personalidade do indivíduo, a sua vontade persistirá para os fins que, eventualmente, tiver disposto em testamento (art. 1.857 do CC), codicilo (art. 1.881), ou o que tiver manifestado sobre o destino de seu cadáver (art. 14 do CC), sendo que em não havendo manifestação ainda em vida, caberá aos familiares decidir o destino do cadáver (FARIAS; ROSENVALD, 2017a).

Da mesma forma, o término da personalidade como efeito do evento morte não põe fim aos direitos de personalidade do falecido, como o direito à honra, à imagem e ao nome, tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (FARIAS; ROSENVALD, 2017a). A legislação civil legitima o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau para requererem em juízo que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade, podendo, ainda, reclamar perdas e danos, conforme dispõe o art. 12, parágrafo único, do CC.

### 2.3 CAPACIDADE CIVIL

Como discorrido anteriormente, todo indivíduo é dotado de personalidade jurídica e, portanto, possui aptidão genérica para contrair direitos e obrigações. Associado a essa ideia de personalidade, a ordem jurídica brasileira reconhece ao ser humano o instituto da capacidade para adquirir direitos e exercê-los, seja de forma direta ou por meio da representação ou assistência (PEREIRA, 2017a).

Clóvis Beviláqua bem distingue a personalidade da capacidade, quando diz que essa “é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade” (2002, p. 117). Pode-se dizer, assim, que a capacidade é a medida da personalidade, sendo plena para alguns e limitada para outros.

Em verdade, os institutos da personalidade e da capacidade se completam. É o que ensina Caio Mário da Silva Pereira (2017a, p. 222):

[...] de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com esse sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Infere-se, portanto, que a inexistência da capacidade frustraria a personalidade, fazendo com que o indivíduo, como sujeito de direito, que tenha sua capacidade genérica de adquirir direitos negada, tenha como consequência o seu aniquilamento no âmbito jurídico, ou seja, “só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo” (GONÇALVES, 2020, p. 102).

Vale destacar aqui que capacidade não se confunde com legitimidade, sendo esta a aptidão para o exercício de determinados atos jurídicos, ou seja, uma espécie de capacidade especial exigida apenas em algumas ocasiões. Diferentemente da capacidade, a falta de legitimidade caracteriza pessoas impedidas de praticar determinados atos jurídicos.

Seguindo neste sentido, Fábio Ulhôa Coelho (2020) explica que toda pessoa natural ostenta o atributo da personalidade, todavia nem toda ostenta o atributo da capacidade. Isso porque de algumas o direito limita a possibilidade de disposição e administração de seus bens e interesses diretamente.

Em sentido genérico, pode-se classificar a capacidade civil em capacidade de direito e capacidade de fato. Ao nascer com vida, todos adquirem a denominada capacidade de direito, ou capacidade de gozo ou aquisição, que é a espécie de capacidade reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção, estendendo-se, inclusive, aos comprometidos de discernimento e aos infantes em geral, independentemente do grau de desenvolvimento mental. Ninguém pode ter a capacidade de direito recusada, sob pena de privar o indivíduo dos atributos da personalidade, razão pela qual se diz que toda pessoa a possui (PEREIRA, 2017a).

Entretanto, nem todas as pessoas gozam da capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício ou de ação, que é a aptidão para o exercício próprio dos atos da vida civil. Nesse caso, a própria legislação, visando proteger as pessoas desprovidas de algum requisito material, como, por exemplo, a maioridade, a saúde, o desenvolvimento mental, impede que exerçam, por si só, pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de um representante ou assistente, mesmo que lhes confira o direito de personalidade, bem como a capacidade de direito (GONÇALVES, 2020).

Deste modo, aqueles que possuem apenas a capacidade de direito podem, por exemplo, herdar e receber doações, todavia, por não adquirirem a capacidade de fato, não poderão dirigir-se no mundo civil com autonomia, como, por exemplo, propor uma ação por si só, devendo sempre serem representados ou assistidos.

Conclui-se que toda pessoa tem a capacidade de direito, mas nem toda pessoa tem a capacidade de fato, ou seja, toda pessoa tem a possibilidade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa terá a possibilidade de exercê-los pessoalmente ou transmiti-los a outrem por ato de sua vontade, eis que pode faltar-lhe a consciência sã para tanto (PEREIRA, 2017a).

Aquele, então, que possuir as duas capacidades, isto é, a capacidade de direito e a capacidade de fato tem a chamada capacidade civil plena e quem só tem a capacidade de direito, tem sua capacidade limitada (TARTUCE, 2017).

A essas pessoas que possuem sua capacidade restrita e, conseqüentemente, limitações no exercício de seus direitos dá-se o nome de incapazes, tema que será abordado no tópico subseqüente.

#### 2.4 DA INCAPACIDADE CIVIL

Tendo em vista que nem todas as pessoas possuem capacidade civil plena, o direito civil brasileiro abarca em seu ordenamento a ideia de incapacidade civil. Considera-se que a capacidade civil é a regra e a incapacidade a exceção, sendo necessária expressa previsão legal para sua aplicação.

No direito brasileiro, inexistente incapacidade de direito, já que, ao nascer, todos se tornam capazes de adquirir direitos, ou seja, possuem capacidade de direito. Existe, portanto, somente a incapacidade de fato ou de exercício.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 116),

Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

Desta forma, toda incapacidade é legal na legislação vigente, ou seja, é sempre a lei que a estabelece, não constituindo incapacidade qualquer restrição ao exercício dos direitos originários de negócio jurídico, tampouco a proibição estabelecida pela lei de determinadas pessoas realizarem certos negócios jurídicos. Tais restrições e proibições implicam em impedimento para determinado ato jurídico, mas não traduzem incapacidade (PEREIRA, 2017a).

As restrições impostas que resultam na incapacidade destinam-se a proteger o indivíduo incapaz. Neste ponto, ensina-nos Fábio Ulhôa Coelho (2020):

Considera-se que alguns, por não terem ainda alcançado certa idade, não estão suficientemente amadurecidos para tomar decisões, por si mesmos, atinentes à disponibilização ou administração de bens ou interesses. Outros são tidos como vítimas de vício que lhes inibe o discernimento necessário ao comércio jurídico. São, enfim, pessoas que merecem cuidados do direito para que não acabem sofrendo prejuízos em suas relações econômicas e jurídicas.

Sendo assim, o instituto da incapacidade foi criado não para prejudicar ou podar o exercício dessas pessoas, mas sim para protegê-las, eis que a lei pressupõe que tais pessoas não possuem o discernimento necessário para exercer atos da vida civil por si só.

Não se deve confundir, contudo, incapacidade com vulnerabilidade, ainda que, em negócios jurídicos, o incapaz e o vulnerável estejam em posição de desvantagem por lhe

faltarem atributos que a outra parte do negócio possui. É exatamente por isso que a lei confere a ambos a proteção devida. Diferem-se, no entanto, no fato de que o incapaz é preservado pela lei quando esta exige que uma pessoa capaz represente ou assista-o. Já com relação ao vulnerável, a proteção é feita pela concessão de direitos negados ao participante mais forte da relação jurídica (COELHO, 2020).

A incapacidade subdivide-se em duas espécies: a absoluta (art. 3º do CC), que impossibilita que o sujeito pratique qualquer ato por si mesmo, eis que lhe falta discernimento para tanto e relativa (art. 4º do CC), que são aquelas pessoas consideradas mais aptas à prática dos atos da vida civil, embora não por completo. Essa classificação é feita de acordo com o grau de imaturidade, deficiência física ou mental da pessoa e pode ser suprimida pela representação ou pela assistência (GONÇALVES, 2020).

A representação, conforme art. 3º, do Código Civil, aplica-se aos absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os seus direitos, sob pena de nulidade do ato (art. 166, inciso I, do CC). Já a assistência deve ser destinada aos relativamente incapazes, que possuem algum discernimento e, por isso, são autorizados a participar dos atos jurídicos que são de seu interesse, sob pena de anulabilidade do ato (art. 171, inciso I, do CC), excetuando-se alguns casos restritos em que podem atuar sozinhos.

#### **2.4.1 Incapacidade absoluta**

Os absolutamente incapazes constam em rol taxativo disposto no art. 3º do Código Civil, caracterizando casos em que ocorre a proibição total para o exercício de direitos por parte da pessoa natural, decorrendo da violação à regra a nulidade absoluta do negócio jurídico realizado, conforme art. 166, inciso I, do mesmo diploma legal (TARTUCE, 2017).

Fábio Ulhôa Coelho (2020, p. 105) explica que nos casos de incapacidade absoluta “considera-se o incapaz sem nenhuma condição para decidir se determinado ato ou negócio jurídico lhe aproveita. Sua opinião é juridicamente irrelevante e a vontade do sujeito de direito será formada exclusivamente pela manifestação exteriorizada por outrem (o representante)”.

Sendo assim, os absolutamente incapazes possuem direitos, entretanto não podem exercê-los, ficando à mercê de representação, ou seja, eles possuem a capacidade de direito, mas não a capacidade de fato ou de exercício.



O Código Civil de 2002 dispunha expressamente como absolutamente incapazes em seu art. 3º os menores de dezesseis anos, ditos menores impúberes; os que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos civis; e aqueles que, ainda que por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Entretanto, a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou substancialmente o disposto no art. 3º do CC, revogando os três incisos e alterando o *caput* do artigo para determinar que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Pode-se dizer, em suma, que não há mais no ordenamento jurídico brasileiro pessoas maiores de idade e absolutamente incapazes, ou seja, todas aquelas pessoas com deficiência que eram tratadas no artigo 3º do Código Civil passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, podendo, eventualmente, serem consideradas como relativamente incapazes nos casos em que não possam exprimir sua vontade, conforme disposição do art. 4º do mesmo diploma (TARTUCE, 2017).

Ressalta-se que o referido estatuto buscou a inclusão social da pessoa deficiente, decorrendo a incapacidade não da deficiência, mas sim da impossibilidade de exprimir a vontade, visando impedir que a pessoa com deficiência seja considerada e tratada como incapaz.

Assim, permanecem como absolutamente incapazes somente os menores de 16 (dezesseis) anos.

Superada a análise da evolução e das hipóteses de incapacidade absoluta, parte-se ao estudo da incapacidade relativa.

#### **2.4.2 Incapacidade Relativa**

Os relativamente incapazes são aquelas pessoas que se encontram uma zona intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade total (PEREIRA, 2017a). Essas pessoas não têm sua capacidade de fato limitada integralmente, podendo manifestar suas vontades, desde que devidamente assistidas.

Esses indivíduos não só podem como devem participar do exercício dos seus direitos, eis que se realizam somente na sua presença, assistidos sempre por pessoa plenamente capaz e

encarregada a tal ofício pelo ordenamento jurídico, seja em virtude de relação de parentesco, em razão de relação de ordem civil ou, ainda, por designação judicial.

Fábio Ulhôa Coelho (2020, p. 105) também argumenta que, no âmbito da incapacidade relativa,

já se reconhece no incapaz alguma aptidão psíquico-física para decidir sobre o que lhe interessa. Sua opinião é relevante para o direito e sem sua vontade ou contra ela o negócio jurídico não se constitui. Precisar, contudo, do auxílio juridicamente indispensável de outra pessoa (o assistente).

Imperioso ressaltar que no caso da incapacidade relativa, a ausência da devida assistência legal causa a anulabilidade do ato, conforme preconiza o art. 171, inciso I, do Código Civil, destacando que existem no referido diploma legal casos em que o incapaz pode praticar atos independente de assistência, como ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único), exercer empregos públicos que não exijam a maioria (art. 5º, parágrafo único, III), dentre outros (GONÇALVES, 2020).

Da mesma forma que ocorreu com a incapacidade absoluta, a relativa também foi alterada pela Lei nº. 13.146/2015. O art. 4º do Código Civil previa em seus incisos que eram relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e, por fim, os pródigos.

Após a Lei nº. 13.146/2015, o art. 4º do Código Civil recebeu nova redação, novamente objetivando a plena inclusão das pessoas com deficiência, qual seja:

Art. 4º São incapazes, relativamente 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;  
IV - os pródigos.  
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Como as pessoas descritas nos incisos referidos já possuem razoável discernimento, não ficam afastadas por completo da atividade jurídica, podendo, como já dito, praticar atos, inclusive, por si sós. Ressalta-se que tais atos são exceções, devendo os relativamente

incapazes estarem devidamente assistidos para a prática de atos em geral, sob pena de anulabilidade.

Acerca da incapacidade dos menores, adentrando no mérito desta pesquisa, destaca-se que o direito brasileiro pré-codificado, levando em consideração a linha da puberdade, definia que os do sexo masculino, a partir dos 14 (quatorze), e os do sexo feminino, a partir dos 12 (doze) anos de idade, já possuíam discernimento civil, devendo ser especialmente citados para as ações em que fossem parte (PEREIRA, 2017a).

O Código Civil vigente, porém, levou em conta apenas a idade, equiparando os menores de ambos os sexos, dispondo que até os 16 (dezesseis) anos de idade a inexperiência e o desenvolvimento insuficiente não autorizam a participação na vida civil e, a partir dessa idade, a pessoa já conta com mais discernimento para manifestar sua vontade e opinar nos atos em que tenha interesse, ainda que tal discernimento não seja em grau suficiente para atuar com plena autonomia.

Tem-se então que o estabelecimento de idade para o início da incapacidade relativa e da aquisição de capacidade plena é somente do legislador. Assim, o menor até os 18 (dezoito) anos de idade continua sendo relativamente incapaz de exercer os direitos da ordem civil, ainda que lhe seja reconhecido o direito, por exemplo, ao voto. Tal matéria é definida através do livre arbítrio poder legislativo (PEREIRA, 2017a).

## 2.5 DA MAIORIDADE E EMANCIPAÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a maioridade civil é alcançada, em regra, aos 18 (dezoito) anos de idade, momento em que a pessoa torna-se habilitado para todos os atos da vida civil, caso não seja, por outro motivo, relativamente incapaz.

Carlos Alberto Gonçalves (2020, p. 141) ensina que a “maioridade começa aos 18 anos completos, tornando-se a pessoa apta para as atividades da vida civil que não exigirem limite especial, como as de natureza política. Cessa a maioridade (art. 5º, *caput*) no primeiro momento do dia em que o indivíduo perfaz os 18 anos”.

A legislação não prevê diferenciação de tratamento em relação ao sexo, traduzindo-se a maioridade civil para o homem e para a mulher em aquisição automática de da chamada capacidade de fato (PEREIRA, 2017a).

Como bem observa Carlos Alberto Gonçalves (2020, p. 142),

no direito anterior, a maioridade civil era atingida aos 21 anos. O novo Código antecipou-a para 18 anos, ensejando a equiparação com a maioridade criminal, trabalhista e eleitoral. Entendeu o legislador que os jovens de hoje amadurecem mais cedo, em decorrência das circunstâncias da vida contemporânea, como os modernos meios de comunicação, incluindo-se os recursos da informática, que conduzem a uma precoce formação cultural e a uma prematura experiência de vida. Desse modo, aos 18 anos os jovens passam a responder civilmente pelos danos causados a terceiros, ficando autorizados a praticar validamente todos os atos da vida civil sem assistência de seu representante legal, como adotar uma criança, por exemplo, desde que sejam 16 anos mais velhos que o adotado (art. 1618).

Quando o término da incapacidade ocorre pela aquisição da maioridade civil, aos 18 (dezoito) anos de idade, não se exige nenhum ato judicial, sendo a capacidade civil plena adquirida de forma automática (FARIAS; ROSENVALD, 2017a).

A incapacidade em razão da idade pode, entretanto, ser extinta antes mesmo da maioridade, através do instituto denominado emancipação, situação em que o menor emancipado terá a mesma capacidade do maior.

Define-se a emancipação como sendo o ato jurídico que antecipa os efeitos da aquisição da maioridade e da conseqüente capacidade civil plena, anteriormente à data em que o menor atingiria a idade de 18 anos. Concluído o processo de emancipação, o menor deixa de ser incapaz e passa a ser capaz para os limites do Direito Privado. Destaca-se, todavia, que ele não deixa de ser menor (TARTUCE, 2017).

A emancipação é um ato definitivo, irrevogável e irretroatável e, conforme bem discorrido por Fábio Ulhôa Coelho (2020, p. 107),

Emancipação é um ato ou fato jurídico que extingue a incapacidade do menor. As causas que a desencadeiam estão listadas no parágrafo único do art. 5.º do CC: a) concessão dos pais; b) sentença judicial; c) casamento; d) exercício de cargo público efetivo; e) colação de grau em curso superior; f) estabelecimento civil ou comercial.

Verifica-se, assim, que existem três formas de emancipação previstas na legislação civil: voluntária, judicial e legal.

Dá-se o nome de emancipação voluntária àquela que é concedida por ambos os pais ou por um deles na falta de outro, dispensada a necessidade de homologação judicial. Nesse caso, deve o menor contar com, pelo menos, 16 (dezesseis) anos de idade e devem os pais reconhecerem que seu filho possui maturidade necessária para reger sua pessoa e administrar seus bens, abdicando da proteção que o Estado oferece ao incapaz (GONÇALVES, 2020).

Ao menor não cabe o direito de exigí-la e nem requerê-la judicialmente.

A emancipação judicial é aquela que depende de uma autorização do juízo, isto é, de uma sentença, servindo para os casos em que um dos pais não concorda com a emancipação ou em que o tutor busca emancipar o pupilo que conte com 16 (dezesesseis) anos de idade completos, eis que aquele não tem o poder de conceder a emancipação, consoante art. 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil. Neste caso em específico, o juiz analisará os motivos que ensejaram o pedido, ouvirá o curador e o Ministério Público e, somente após, o proferirá sentença, devendo, posteriormente, ser levada em registro, conforme art. 9, inciso II, do CC, e art. 1.112, inciso I, do Código de Processo Civil.

Há, ainda, a emancipação legal, que decorre de determinados acontecimentos a que a lei atribui esse efeito, independentemente da idade que conta o menor, quais sejam:

a) Casamento. Para se casar, o indivíduo precisa contar com pelo menos 16 (dezesesseis) anos de idade, exigida autorização aos genitores daqueles menores de 18 (dezoito) anos. Antes disso, somente em casos especificamente previstos em lei que poderá o menor de 16 (dezesesseis) anos casar, como, por exemplo, em caso de gravidez (COELHO, 2020). Em qualquer dessas idades, casando-se, o menor tornar-se-á capaz pelo casamento, eis que a legislação pátria considera que quem constitui família, com a devida autorização dos pais ou responsáveis por autorização judicial, conta com maturidade suficiente para reger os atos da vida civil (VENOSA, 2008).

Ainda que seja dissolvido o vínculo matrimonial posteriormente, seja pela morte do outro cônjuge, pela separação ou pelo divórcio, a emancipação pelo casamento válido é definitiva, irrevogável e irretroatável, consoante art. 9º, parágrafo único, inciso II, do CC.

b) Exercício de emprego público efetivo. Nesse caso, a investidura do menor em emprego público faz presumir que ele é capaz para os atos da vida civil. Ressalta-se que não cabe a emancipação nos casos de emprego temporário. Entretanto, a hipótese não tem mais aplicabilidade e nem eficácia, eis que a lei passou a exigir como requisito a idade mínima de 18 (dezoito) anos para investidura em cargo público efetivo – art. 5º, inciso V, da Lei nº. 8.112/90 (PEREIRA, 2017a).

c) Colação de grau em curso de ensino superior. Trata-se de hipótese considerada obsoleta pela parte majoritária da doutrina pelo fato de ser quase impossível, juridicamente, a graduação antes dos 18 (dezoito) anos de idade devido a soma dos anos escolares aos anos de

ensino superior chegar muito perto da marca de 18 (dezoito) anos. Destaca-se que a conclusão de cursos de outras naturezas não possui o mesmo efeito do aqui descrito.

d) Estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. Aqui é o caso em que o menor consegue estabelecer-se civil ou comercialmente, sem ajuda dos pais, evidenciando que alcançou sozinho a maturidade para reger os atos civis por si só, ou seja, a legislação presume como aptidão para a vida civil o exercício de atividade autônoma, estabelecendo como requisito os 16 (dezesseis) anos completos.

Dadas essas premissas que servem para embasar a presente pesquisa, tratar-se-á no próximo capítulo da autonomia da criança e do adolescente face os conceitos aqui explicitados.

### **3 INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA**

Vistos os conceitos relevantes e basilares para o presente trabalho e feitas as devidas considerações acerca do início da personalidade jurídica e da capacidade civil no tópico anterior, inicia-se agora o estudo acerca da infância e da adolescência, sobretudo da gravidez ocorrida durante este período da vida e da conseqüente capacidade e autonomia das crianças e adolescentes nesta situação.

Para abordar o tema sobre crianças e adolescentes, é necessário abrir espaço para reflexões e proposições que atendam às necessidades dessa parcela da sociedade, eis que se fala de pessoas em fase peculiar de desenvolvimento e sujeitos de direito.

O conceito de criança e adolescente está previsto no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo considerada criança o sujeito que tenha até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente aquele que tenha entre 12 (doze) a 18 (dezoito) anos incompletos. A partir dos 18 (dezoito) anos completos, a pessoa deixa, então, de ser considerada adolescente e alcança a maioridade civil disposta no art. 5º do Código Civil. Tal critério adotado pela legislação é puramente cronológico, não adentrando em distinções biológicas ou psicológicas sobre o atingimento da puberdade ou do amadurecimento da pessoa (BARROS, 2019).

Neste sentido, é o que discorre Gustavo Cives Seabra (2020. p. 59-60):

Não há qualquer relação com o desenvolvimento físico ou psicológico da pessoa. Assim, quem tem 17 anos e aparenta fisicamente ter 20 e possui maturidade acima de sua idade não é considerada adulta/jovem. Ela continua sendo adolescente e, por isso, destinatária de todos os direitos previstos na Lei 8.069/90.

Excepcionalmente, conforme preceitua o art. 2º, parágrafo único, do ECA, existem algumas possibilidades de aplicação do Estatuto às pessoas que tenham entre 18 (dezoito) anos completos e 21 (vinte e um) anos de idade, como é o caso do art. 121, especialmente o § 3º e § 5º, os quais estabelecem que a medida socioeducativa pode ser aplicada por três anos e ser cumprida compulsoriamente até os 21 (vinte e um) anos de idade, e do art. 40, segundo o qual o adotando deve contar com a idade máxima de 18 (dezoito) anos de idade à data do pedido de adoção.

Assim, pode-se concluir diante dos argumentos expostos no presente tópico e no anterior que as crianças são classificadas como menores absolutamente incapazes e os adolescentes enquadram-se tanto em absolutamente (entre 12 e 16 anos incompletos) como em relativamente (entre 16 e 18 anos incompletos) incapazes.

Nesse aspecto, importa destacar que desde o Direito Civil romano crianças e adolescentes são considerados como seres incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. A partir das codificações civis modernas, essa incapacidade passou a ser composta por pessoas que poderiam ser consideradas relativamente ou absolutamente incapazes, a depender de suas idades (LÉPORE, 2018).

Consoante já explanado no tópico anterior, essa incapacidade que impõe certas limitações às crianças e adolescentes objetivou durante anos a proteção do patrimônio e da vontade dos adultos, sobretudo dos pais, buscando impedir que essas pessoas com tenra idade dispusessem de seus bens, prejudicando a manutenção ou o crescimento patrimonial. Ademais, o poder dos pais em relação a seus filhos sempre foi considerado pelo ordenamento a solução mais adequada e confortável (LÉPORE, 2018).

Com o passar do tempo e as mudanças no cenário jurídico brasileiro, as crianças e adolescentes passaram a ser considerados como pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral, com autonomia e capacidade para discernirem e praticarem atos de regência de suas vidas.

Atualmente, o instituto da incapacidade e seus regramentos previstos aos menores de 18 (dezoito) anos destinam-se a proteção da pessoa do incapaz, tendo em vista suas limitações

decorrentes em geral da idade, da saúde e do desenvolvimento mental e intelectual, não lhes permitindo a lei o exercício pessoal de tais direitos, exigindo que, para tanto, sejam representados ou assistidos nos atos jurídicos da vida civil (GONÇALVES, 2017).

Nas palavras de Flávio Tartuce (2020, p. 98):

Considera-se que alguns, por não terem ainda alcançado certa idade, não estão suficientemente amadurecidos para tomar decisões, por si mesmos, atinentes à disponibilização ou administração de bens ou interesses. Outros são tidos como vítimas de vício que lhes inibe o discernimento necessário ao comércio jurídico. São, enfim, pessoas que merecem cuidados do direito para que não acabem sofrendo prejuízos em suas relações econômicas e jurídicas. Na negociação de um contrato, por exemplo, a pessoa embriagada, se estiver desacompanhada, poderá abrir mão de uma garantia ou mesmo assumir obrigações exageradas perante o outro contratante, este dotado de discernimento maduro e apurado.

Posto isso, o presente tópico dedicar-se-á a uma compreensão mais ampla da infância e da adolescência e de suas variabilidades, buscando respostas para questões acerca da construção biográfica da criança e do adolescente e abordando temáticas de suma importância no contexto da gravidez durante essa fase, como por exemplo a capacidade progressiva e a autonomia da criança e do adolescente nesses casos.

### 3.1 CAPACIDADE PROGRESSIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A ideia de capacidade progressiva de crianças e adolescentes no exercício de situações existenciais transcende o conceito puro e estagnado de capacidade previsto no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecido unicamente por idades predeterminadas de forma abstrata pelo legislador.

A Constituição Federal de 1988 apresentou uma mudança em sua estrutura na forma de se compreender crianças e adolescentes brasileiros, sob a ótica jurídica e social, adotando, a Doutrina da Proteção Integral, que conforme sintetiza Andréa Rodrigues Amin (2014, p. 53) consubstancia-se em:

um microsistema aberto de regras e princípios, fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, portanto, sujeito a uma legislação especial; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.



Neste mesmo sentido, Josiane Rose Petry Veronese (2013, p. 49) assevera que “segundo tal doutrina, toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral”.

Desta feita, a Doutrina da Proteção Integral concede direitos às pessoas em desenvolvimento e impõe deveres à sociedade, constituindo um *status* jurídico especial às crianças e adolescentes, ou seja, mesmo se tratando de pessoas em desenvolvimento, a criança e o adolescente têm direito a manifestarem sua vontade e exercerem seus direitos em face de quaisquer pessoas, incluindo seus pais.

Por outro lado, buscando dar maior efetividade à Constituição Federal, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que juntamente à Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a qual adquire *status* de supralegalidade, conforme o STF (RE 466.343/SP), e à própria Carta Maior, passa a formar o tripé-base do microsistema de promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Josiane Rose Petry Veronese (2013, p. 47) pontua que a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

Acentua o fato de que as crianças, tendo em vista a sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais e enfatiza a importância da família, para que a criança desenvolva sua personalidade, num ambiente de felicidade, amor e compreensão. Faz entender que a criança deve estar preparada para poder interagir no meio social e, para tanto, deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em especial, com dignidade, tolerância, liberdade, igualdade, solidariedade e espírito de paz. Consolida, entre outros aspectos, a importância do respeito aos valores culturais da comunidade da criança e o papel vital da cooperação internacional para o cumprimento dos direitos da criança, o que redundará numa melhoria das condições de vida da população infantojuvenil em todos os países, sobretudo daqueles em via de desenvolvimento.

Neste ínterim, a Convenção, que considera como criança todas as pessoas menores de 18 (dezoito) anos, tratou da autonomia e da capacidade dos infantes, conforme disposto no art. 12:

1. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.
2. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de

um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Conforme ensina Paulo Lépore (2018), a possibilidade de a criança que for capaz de formular seu ponto de vista próprio expressar suas opiniões sobre diversos assuntos que competem a sua pessoa e ter suas opiniões consideradas em virtude de sua idade e maturidade traduz-se no Princípio da Liberdade de Expressão ou da Oitiva Obrigatória e Participação.

Em outras palavras, as crianças são pessoas em desenvolvimento, o que não significa dizer necessariamente que são incapazes ou desprovidas de vontade ou possibilidade de se manifestarem em relação aos atos de sua vida.

No mesmo sentido, o art. 5º da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece a obrigação dos Estados signatários proporcionarem, em conjunto com a família e a sociedade, todos os meios e recursos necessários para que as crianças e adolescentes possam se posicionar. Por isso, a direção e orientação dos pais deve igualmente levar em consideração a capacidade de crianças e adolescentes exercerem seus direitos e manifestarem suas vontades por si sós, reduzindo-se, dessa maneira, a autoridade parental, progressivamente, na medida em que essas pessoas em desenvolvimento adquiram competências cada vez maiores.

É o que defende Helen Crystine Corrêa Sanches (2015, p. 68):

o reconhecimento da evolução das capacidades de crianças e adolescentes refere-se, por conseguinte, à capacidade e a possibilidade para exercerem com graus crescentes de independência, os seus direitos frente ao direito dever dos pais ou adultos responsáveis por sua direção ou orientação. Trata-se de reconhecer às crianças a faculdade de decidir quando e como querem exercer um direito, como também a possibilidade e que a um dado tempo para decidir não exercê-la, com a renúncia de direitos.

Assim, Benito Aláez (2003) assevera que um dos principais elementos do exercício dos direitos fundamentais é o seu exercício autônomo por crianças e adolescentes, sendo que as leis permitem que as crianças possam exercer os seus direitos de forma independente (autoexercício) ou por intermédio de representantes (heteroexercício), e que a capacidade progressiva dessas pessoas em desenvolvimento deve ser analisadas à luz de três critérios: idade, maturidade e especialmente capacidade de agir. Logo, a capacidade da criança para exercer os seus direitos vai crescendo na medida em que ele se desenvolve, adquirindo de forma gradual estágios mais avançados de autonomia e autoproteção.

Desta forma o art. 5º da CSDC trata-se de um dispositivo revolucionário, eis que trouxe a posituação do instituto da capacidade progressiva da criança, que traz a ideia de que as ordens jurídicas devem disciplinar a prática de direitos levando em consideração as crianças como pessoas em desenvolvimento, capazes e aptas durante seus processos evolutivos, de forma a evitar presunções simplistas e desumanizadas como ocorre nos casos de incapacidade previstos na legislação civil brasileira (LÉPORE, 2018).

Cabe aqui destacar que a ideia de capacidade progressiva foi bem acolhida pelo Direito brasileiro, começando pela Constituição Federal, que permitiu aos adolescentes maiores de 16 (dezesesseis) anos de idade alistarem-se e exercerem suas próprias escolhas políticas por meio do voto. Da mesma forma, o ECA, de maneira mais adequada, também adotou o ideal da capacidade progressiva, eis que prevê tratamento diferenciado entre crianças e adolescentes.

Tem-se, então, que o direito à participação sob a ótica da capacidade progressiva exige que seja atribuída à opinião do infante especial relevância, de forma que essa tenha preferência em casos de alternativas de solução distantes, tratando-se de um direito ao reconhecimento da criança e do adolescente como agentes sociais e políticos, aptos a interferir efetivamente nos diversos contextos de que façam parte. Sobre o direito ao reconhecimento, salienta Eduardo Rezende Melo (2011, p. 46-47) que:

é fundamental ter presente o quanto a capacidade de ação por parte de crianças e adolescentes está limitada por toda uma estruturação histórica de concepção de autonomia e dos direitos subjetivos fundados em referências adultocêntricas, racionais, de que crianças e adolescentes não seriam detentores por completo. Por isso, não basta a afirmação de que se é sujeito de direito. Precisa-se compreender de modo distinto como reconhecer as competências jurídicas através da legitimação da participação social de crianças e adolescentes, pelo reconhecimento de suas competências sociais.

Portanto, negar o direito às crianças e adolescentes de exprimirem suas vontades e exercerem as competências adquiridas durante a vida provocaria uma discriminação geracional, ou seja, estaria subtraindo-se o exercício de direitos dessas pessoas tão somente em razão de um critério de idades, o que não deve ser admitido em uma sociedade regida por uma Constituição que visa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação de toda e qualquer forma de discriminação, conforme dispõe o art. 3º da CF (SILVA; SCHWEIKERT, 2018).

Neste ponto, faz-se necessário destacar o que assegura Helen Crystine Corrêa Sanches (2015, p. 72):

Não é a idade em si mesma que determinará a validade de suas opiniões, já que os níveis de compreensão não estão ligados de maneira uniforme à sua idade biológica, mas devem ser avaliadas mediante exame do caso em concreto, pois outras circunstâncias podem contribuir para avaliar sua capacidade de formar opinião, como o próprio ambiente familiar, cultural e social, além do nível de informação e apoio recebidos.

Observa-se, portanto, que a controvérsia reside exclusivamente no que diz respeito à capacidade de fato das crianças e adolescentes, ou seja, a capacidade de exercerem, por si sós, direitos e reivindicarem sua observância.

Não existem dúvidas acerca da capacidade de direito de crianças e adolescentes, eis que, conforme discorrido no tópico anterior, a própria legislação civil brasileira a confere a todas as pessoas, desde o nascimento, resguardando, inclusive, os direitos do nascituro (art. 2º do Código Civil). O que se busca aqui é deixar clara a aplicabilidade da ideia de capacidade progressiva em relação à capacidade de fato das crianças e adolescentes.

Nesta linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017a, p. 383) fazem uma crítica construtiva acerca do sistema de incapacidades disposto na legislação civil brasileira por entenderem que foi construído exclusivamente visando a proteção patrimonial das pessoas consideradas incapazes, bem como de todas as demais com as quais se relacionam:

Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse este o seu valor preponderante. [...]. Por isso, apresenta-se imperioso repensar o regime de incapacidades, ‘especialmente quando estiverem em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo’, na pertinente observação de Rafael Garcia Rodrigues. É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais. Daí a necessidade premente de dedicar-se proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não do que ela tem.

Entende-se, assim, que o Direito Civil brasileiro, ao considerar crianças e adolescentes quase que unicamente pela ótica da capacidade, acabou por dificultar o

reconhecimento de que os interesses dessas pessoas em desenvolvimento deveriam, em verdade, subordinar interesses da família, sociedade e Estado (PAULA, 2002).

Por outro lado, como discorrido anteriormente, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente já contam com diversos institutos que reconhecem a capacidade progressiva dos infantes e permitem que essas pessoas em constante evolução exerçam pessoalmente alguns atos de suas vidas (LÉPORE, 2018).

Apenas para corroborar com a tese aqui trazida, destaca-se que o Código Civil argentino prevê que o adolescente entre 13 (treze) e 16 (dezesesseis) anos, de forma presumida, conta com aptidão para decidir, por si só, a respeito de tratamentos que não sejam invasivos e que não comprometam seu estado de saúde ou provoquem grave risco à vida ou à integridade física, necessitando prestar consentimento com a assistência dos responsáveis legais no caso de tratamentos invasivos. Já a partir dos 16 (dezesesseis) anos, os adolescentes são considerados adultos, podendo, por si só, tomarem quaisquer decisões que dizem respeito ao próprio corpo, envolvendo ou não tratamentos ditos invasivos. Vê-se, então, que a legislação civil da Argentina se alinha à perspectiva da proteção integral, não estabelecendo critérios objetivos e desarrazoados acerca da incapacidade, fundando-se apenas em determinações detalhadas sobre hipóteses em que se considera os infantes capazes e com discernimento necessário para o exercício de certos atos da vida civil (LÉPORE, 2018).

Feitas essas considerações acerca da possibilidade de aplicação da capacidade progressiva no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se agora ao estudo sobre a gravidez ocorrida durante a infância e adolescência no Brasil e a relevância dada as decisões dos infantes e genitores nesses casos.

### 3.2 DA GRAVIDEZ NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Além de ser uma questão de saúde pública, a gravidez durante a infância ou adolescência é um fato social que suscita questões relevantes em nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, por meio da presente pesquisa, será observada a relação jurídica existente entre os pais crianças ou adolescentes e sua prole, verificando a possibilidade ou não de exercerem o poder familiar.

Destina-se o presente tópico a destacar importantes pontos acerca da gravidez ocorrida durante a infância e adolescência no Brasil. Conforme pontuam Taisa de Lima e

Maria de Sá (2019, p. 17), “A gravidez na infância, por si só, já configura a violação de um direito da criança”.

Não obstante a isso, no ano 2000, segundo os dados disponíveis no DATASUS/SINASC (BRASIL), a taxa de fecundidade de adolescentes era 81/1.000 entre adolescentes de 15 (quinze) a 19 (dezenove) anos de idade, apresentando uma lenta e gradual de queda desde então, atingindo a taxa de 62/1.000 no ano de 2015. Já em 2018, a taxa foi de 54/1.000 adolescentes, chegando em 48/1.000 no ano de 2019, último ano com dados disponíveis. Isso mostra que houve uma redução de 40,7% da parcela de adolescentes entre 15 (quinze) e 19 (dezenove) anos e de 26,5% da parcela de meninas que contam com 10 (dez) a 14 (quatorze) anos de idade, que apresentavam taxa de fecundidade 3,36/1.000 em 2000 e 2,47/1.000 em 2019.

Trata-se de uma situação de grande incidência no nosso país, estando acima da média mundial, eis que, conforme dados disponíveis no DATASUS/SINASC, a cada mil brasileiras crianças ou adolescentes, 53 (cinquenta e três) tornam-se mães, enquanto no mundo este número é de 41 (quarenta e um). Além disso, outro dado relevante é o número de bebês com mães de até 14 anos, que contabilizou 19.330 (dezenove mil, trezentos e trinta) nascimentos no ano de 2019, ou seja, a cada 30 (trinta) minutos, uma menina de 10 (dez) a 14 (quatorze) anos torna-se mãe no Brasil.

Importante ressaltar aqui que a gravidez precoce é muito mais arriscada, sobretudo nos dois primeiros anos após a menarca. Para mais, estima-se que no mundo inteiro são contabilizadas 200 (duzentas) mortes por dia como consequência da gravidez ocorrida durante a infância e adolescência (LIMA; SÁ, 2019).

Deste modo, apesar de ser um tema problemático antigo no país, ele continua sendo de suma importância para a sociedade, eis que, ainda que esteja em queda, continua ocorrendo com uma grande parcela da população jovem, o que serve de mais um motivo para embasar o presente trabalho.

Posto isso, conforme abordado no tópico anterior, em muitos casos, ainda que se trate de crianças e adolescentes, os direitos de manifestação nas situações que envolvam tanto a gravidez como a criação da prole devem ser respeitados, especialmente sob a ótica da capacidade progressiva.

Casos como o ocorrido no Paraguai, em que uma menina de 10 (dez) anos de idade abusada sexualmente pelo padrasto veio a engravidar e teve o pedido de aborto negado pelo

poder judiciário, sob o fundamento de que a infante não corria risco de morte, demonstram uma clara violação dos direitos da criança, perpetrados, neste caso, pelo próprio Estado (LIMA; SÁ, 2019).

Da mesma forma ocorre, quando nos casos de aborto autorizados pela Justiça, os pais ou responsáveis legais pela infante decidem arbitrariamente pela não interrupção da gravidez ou, ao revés, optam pela interrupção da gravidez quando a infante declarava a vontade de continuá-la.

Nessas situações, diante da capacidade progressiva adquirida pelas crianças e adolescentes, pergunta-se se ambos não deveriam ser ouvidos, ter suas manifestações de vontade consideradas tanto pelos pais como pelo Estado, devendo ser realizado um estudo acerca de seu discernimento e de sua capacidade para tanto.

Entende-se, então, que a autonomia da gestante nesses casos, ainda que criança ou adolescente, deve ser respeitada, bem como o seu direito de manifestação. Destaca-se que sempre será necessária a análise do caso concreto, razão pela qual passa-se a abordar sobre a autonomia da criança e do adolescente e o método de análise Competência Gillick.

### 3.3 AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS LIMITES DA AUTORIDADE PARENTAL

Neste tópico far-se-á uma análise acerca da extensão e dos limites da autoridade parental em face da autonomia da criança e do adolescente, sobretudo nos casos de gravidez ocorrida durante a infância e a adolescência.

Feitos os apontamentos no tópico anterior, inicia-se o presente com a pergunta: seria possível obrigar a gestante criança ou adolescente a passar por um aborto indesejado, nos casos permitidos em lei? Poderiam os pais proibir a interrupção da gestação contra o desejo da infante de fazer o aborto, naqueles casos em que a lei assim o permite?

A Constituição Federal de 1988, ao proteger as liberdades fundamentais das crianças e adolescentes, reconhece a sua respectiva autonomia privada, eis que esta é elemento indissociável daquela. Para mais, pode-se afirmar que é possível identificar duas dimensões dessa autonomia privada: a primeira diz respeito ao poder do particular de autogovernar sua esfera jurídica e a segunda que se refere à construção da sua esfera privada (MACHADO, 2009).

Assim, a partir dos questionamentos feitos, percebe-se que essa autonomia concernente à construção da esfera existencial da criança e do adolescente abrange certas situações jurídicas que conflitam diretamente com o dever de zelo dos pais.

Entretanto, esses conflitos entre a vontade da criança e do adolescente e o poder familiar dos pais não se trata de uma contradição insanável. Isso porque esse conflito entre as responsabilidades parentais e o direito dos infantes de participarem ativamente nas questões que dizem respeito a eles mesmos precisa ser avaliado progressivamente ao longo dos estágios de desenvolvimento da criança e do adolescente. É o que sustenta Rosa Martins (2009, p. 91-92):

[...] a função de proteção, dominante nos primeiros tempos de vida da criança vai perdendo peso à medida que o filho vai crescendo e apresentando um desenvolvimento cada vez maior das suas faculdades. Já a finalidade de promoção da autonomia, pelo contrário, vai-se intensificando com o crescimento do filho. Na verdade, o apoio dos pais com vista ao desenvolvimento integral e harmonioso da personalidade do filho vai-se tornando cada vez mais necessário à medida que este vai crescendo.

Destarte, pode-se perceber que a autonomia da criança e do adolescente é inicialmente cerceada em dois aspectos: o primeiro diz respeito à liberdade e o segundo à qualidade do agente. A liberdade, tida como a realização do projeto de vida livre de interferências, sofre limitação pelo poder familiar. Já a qualidade do agente, entendida como a capacidade do agente de agir intencionalmente, encontra limitações na estrutura das capacidades prevista na legislação civil vigente, que fixa critérios tão somente objetivos para estabelecer um regime jurídico geral de capacidade, como a idade no caso do ordenamento jurídico brasileiro, desconsiderando por completo o discernimento da pessoa em desenvolvimento para cada caso concreto (MACHADO, 2011).

Contudo, conforme ensina Rosa Martins (2009), essa dupla limitação sofrida pela autonomia da criança e do adolescente deve ser pouco a pouco minorada à medida que a criança vai atingindo um discernimento necessário para a tomada de decisões, sobretudo quando relacionadas às situações subjetivas existenciais, ou seja, aquelas que dizem mais respeito ao ser do que ao ter (questões subjetivas patrimoniais).

Sobre o assunto, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2019, p. 19) asseveram que:



As possibilidades de atuar e de decidir, conferidas pelo ordenamento jurídico aos titulares do poder familiar não se encontram no campo da autonomia privada. A autonomia se dá quando a ação é livre. Assim, caracteriza-se como ato negocial a autorização para um tratamento médico; [...]. Todavia, quando os pais decidem pela interrupção da gravidez da filha menor, está-se diante do exercício de um múnus, de modo que a decisão deve ser tomada em benefício da própria menor, mesmo quando isso contrarie os interesses do titular da autoridade parental. Trata-se, portanto, de ação necessária e não de ação livre.

Entende-se, assim, que a tomada de decisão pelos pais deve sempre levar em consideração, por um lado, o dever de cuidado próprio da autoridade parental e, por outro, a autonomia da criança e do adolescente nos limites dispostos na ordem jurídica, sobretudo no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dispõe o art. 15 do ECA que as crianças e adolescentes, considerados como pessoas humanas em desenvolvimento, têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, entre outros. A exemplo da efetividade do direito à liberdade, o inciso II do art. 16 garante aos infantes o direito de ter ideias próprias e expressá-las, isto é, o direito de “opinião e expressão”. Além disso, em que pese o direito à liberdade não dispor expressamente sobre o direito à tomada de decisões sobre o próprio corpo, o art. 17 assegura às crianças e aos adolescentes o direito a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (LIMA; SÁ, 2019).

Esse cenário normativo permite que se fale em “autonomia corporal da gestante menor de idade” (LIMA; SÁ, 2019, p. 20), ou seja, no caso de gravidez ocorrida durante a infância ou adolescência, é necessário levar em consideração a vontade da criança ou adolescente, o seu desejo de ter o filho e mantê-lo consigo, ou encaminhá-lo para a adoção ou, ainda, praticar o aborto, nos casos expressamente previstos em lei.

Todavia, tais decisões são extremamente importantes e delicadas, podendo, inclusive, comprometer o futuro da criança ou adolescente que se encontra grávida e da criança que irá nascer. Por isso, dar a oportunidade de a criança e o adolescente manifestarem-se e terem suas opiniões levadas em consideração é um dever jurídico.

Importante frisar que não se busca aqui defender que a responsabilidade da decisão recaia única e exclusivamente sobre a criança ou o adolescente, mas sim que a participação destes seja efetivamente realizada no processo decisório do caso concreto, conforme prevê o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações

Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil no ano de 1990 (LIMA; SÁ, 2019).

Sendo assim, através de todos esses impactos no regime das incapacidades em nosso ordenamento jurídico, as crianças e os adolescentes puderam conquistar seus espaços de autonomia, tendo sido, então, reconhecidas as suas dignidades, passando a serem consideradas como sujeitos de direitos e de vontades, que devem participar ativamente das decisões que falem sobre sua própria pessoa.

Como consequência desses impactos, o instituto do poder familiar também sofreu modificações, sendo atualmente considerado como um poder-dever dos pais em relação aos filhos que contem com menos de 18 (dezoito) anos de idade, que mais se coaduna com as funções relativas ao patrimônio, à educação e à emancipação.

Neste sentido, não se defende um esvaziamento do poder familiar, mas sim uma revisão de seus limites, até porque a participação dos pais é essencial para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente (SILVA; SCHWEIKERT, 2018). O objetivo do estudo apresentado no presente tópico é demonstrar, então, que existem determinadas situações, a depender do discernimento do infante, que este pode sim decidir certos atos, apesar do que dispõe a legislação Civil acerca da incapacidade, especialmente aqueles que dizem respeito a questões de cunho existencial, como por exemplo os casos de gravidez ocorridos durante a infância e adolescência.

Nesses casos, não se pode esquecer da pessoa concreta. Por um lado, existirão situações em que meninas gestantes terão maturidade suficiente para participar do processo decisório, de outro, pode ser que tais meninas estejam totalmente despreparadas para elaborar opiniões ou expressá-las. Não é concebível que uma menina abusada sexualmente por um membro da família e que conte com apenas 10 (dez) anos de idade tenha o mesmo discernimento para participar de um processo decisório e exercer a maternidade, quanto uma jovem de 16 (dezesesseis) anos (LIMA; SÁ, 2019).

Por isso, diante dessa necessidade de definir o discernimento de crianças e adolescentes, passa-se a expor agora o Caso Gillick e o método de análise surgido a partir dele, chamado Competência Gillick.

### **3.3.1 Método de análise Competência Gillick**

Expõem Taisa de Lima e Maria de Sá (2019) que os critérios utilizados para conceder às crianças e aos adolescentes a possibilidade juridicamente garantida de tomada de decisões nas questões que lhes dizem respeito ou, ao menos, participar da tomada de decisões nestes casos vem sendo alvo de discussão nas últimas décadas.

Durante essas discussões, chegou nos Tribunais do Reino Unido em 1986 um interessante caso sobre a autonomia e a capacidade progressiva das crianças e adolescentes, o qual se deu o nome de Caso Gillick. De forma breve, Paulo Lépore (2018, p. 271) discorre sobre o surgimento do episódio:

O Departamento de Saúde e Segurança do Reino Unido emitiu uma circular contendo orientações aos profissionais da saúde sobre como proceder em matéria de planejamento familiar. Um dos pontos da circular informava que esses profissionais poderiam informar jovens a respeito de métodos contraceptivos, ainda que sem a ciência ou o consentimento de seus pais. Uma mãe (Senhora Gillick), inconformada com a possibilidade de a filha adolescente receber orientação sobre métodos contraceptivos sem o seu consentimento, judicializou a questão. A *House of Lords* acabou decidindo que a circular era válida, ponderando que a autoridade dos pais em relação aos seus filhos não era absoluta e não se traduziria em um direito, mas sim em uma responsabilidade ou um dever atrelado ao melhor interesse da criança ou adolescente.

Ressalta-se que essas orientações aos profissionais de saúde davam-se por motivos justos: a confidencialidade da consulta médica, bem como a relação de confiança que deve existir entre paciente e profissional, além do risco de expor os jovens a doenças sexualmente transmissíveis ou gravidez indesejada devido à falta de informação (SILLMANN; SÁ, 2015).

O caso chegou a *House of Lords* pelo recurso interposto pelo Departamento de Saúde após o Tribunal de Recursos considerar a circular ilegal, eis que menores de dezesseis anos não poderiam receber aconselhamento sexual sem autorização de seus pais ou responsáveis.

Segundo Marina Sillmann e Maria de Sá (2015, p. 74):

Lorde Templeman apontou que autoridade parental não é algo absoluto e na medida em que a criança se desenvolve, sua necessidade de proteção reduz e, gradativamente, as próprias escolhas são feitas, de acordo com a compreensão de mundo e o desenvolvimento intelectual. Lorde Brandon entendeu que o médico possui competência para avaliar o alcance da criança ou do adolescente quanto ao aconselhamento sexual. A corte apontou ainda que a autoridade parental não existe para atender os interesses dos pais, mas sim, os interesses da criança. Esta afirmação pode ser compreendida no sentido de que a autoridade parental consiste em um dever dos pais para com a criança e não em um direito dos pais sobre a criança.

Assim, a Corte decidiu pela licitude da Circular, alegando que a autoridade dos pais em relação aos seus filhos não era absoluta e não se tratava de um direito, mas sim em uma responsabilidade ou um dever atrelado ao melhor interesse da criança e do adolescente. Em outras palavras, a autoridade parental visa proteger os infantes, tratando-se de um dever dos pais (LÉPORE, 2018).

O entendimento final firmado é de que é permitido ao menor de dezesseis anos dar seu consentimento em questões relacionadas a tratamento médico, independentemente de autorização dos pais ou responsáveis, desde que seja o infante considerado apto pelo profissional da área da saúde para tanto, o que representou um marco histórico na conquista do direito de crianças e adolescentes receberem informações médicas, inobstante autorização dos representantes legais (LIMA; SÁ, 2019).

O Caso Gillick deu origem, então, ao termo Competência Gillick (*Gillick Competence*), em que dois juízes da Corte que julgaram o caso elaboraram os denominados testes Gillick (*Fraser Guidelines* e o teste de Lorde Scarman) para apurar se a criança ou o adolescente possuem discernimento suficiente para a tomada de decisões (LIMA; SÁ, 2019).

Lorde Scarman asseverou em seu voto que o direito dos pais ou responsáveis legais de determinar se o menor de dezesseis anos passará ou não por um procedimento médico termina se e quando o infante atinge inteligência e discernimento necessários para compreender integralmente o que lhes é proposto. Assim sendo, para Lorde Scarman, inteligência e discernimento são elementos subjetivos que devem ser avaliados pelo médico no caso concreto (SILLMANN; SÁ, 2015).

Por outro lado, Catarina Maria Pedro Abreu (2012, p. 16) dispõe de forma enumerada os cinco elementos em que consistem a proposta de Lorde Fraser:

- (1) estar convicto de que o jovem compreende o aconselhamento/tratamento;
- (2) não deve forçar o jovem a informar os pais ou a dar-lhe autorização para tal;
- (3) deve suspeitar que o jovem vai, quase certamente, começar ou continuar a ter relações sexuais com ou sem proteção;
- (4) deve suspeitar que, se o jovem não receber tratamento contraceptivo, a sua saúde física ou mental poderá sofrer danos;
- (5) deve considerar ser do melhor interesse do jovem receber aconselhamento ou tratamento contraceptivo sem o conhecimento ou consentimento dos pais.

Trazendo essa construção do Direito inglês para a realidade da gestação precoce, o primeiro requisito a ser apurado é se a gestante criança ou adolescente conta com inteligência e discernimento suficientes para enfrentar essa situação (Lorde Scarmann). A autonomia

jurídica dar-se-á, então, de acordo com o amadurecimento psicológico da infante (LIMA; SÁ, 2019).

Nessa linha, prosseguem as autoras Taisa de Lima e Maria de Sá (2019, p. 23):

Situações haverá em que ela estará pronta para decidir, outras, apenas para participar do processo de decisão e, por fim, situações em que não estará pronta quer para participar do processo decisório, quer para decidir. Nesse último caso, a decisão ficará a cargo dos representantes legais, no melhor interesse da criança ou do adolescente.

Essa última hipótese traz à baila um possível problema. Em não estando a gestante criança ou adolescente pronta para tomar decisões e tampouco para decidir, recairá sobre os pais essa responsabilidade. Nesse caso, sendo a gravidez decorrente, por exemplo, de violência sexual, de modo que torna possível o aborto sentimental à luz da legislação brasileira, poderão os pais decidirem pelo prosseguimento da gravidez, ainda que não seja essa a melhor alternativa para a infante e, possivelmente, para a criança que está sendo gerada.

De outro norte, quando a gravidez não decorre de nenhum dos casos autorizadores do aborto, haverá sempre decisões importantes que atingirão a menina gestante e a criança que está por vir, devendo o princípio do melhor interesse da criança se desdobrar para alcançar tanto a mãe como o filho (LIMA; SÁ, 2019).

Desta feita, entende-se que o método de análise Competência Gillick poderia ser uma alternativa para os casos de gravidez ocorrida durante a infância e adolescência no Brasil, objetivando verificar o discernimento e inteligência das infantes grávidas para, sobretudo, conceder-lhes ou não a titularidade do poder familiar, conforme será abordado no tópico a seguir.

#### **4 PODER FAMILIAR**

O instituto do poder familiar tem passado por inúmeras transformações ao longo dos anos. O termo corresponde ao antigo “pátrio poder”, advindo do *patrio potestas* do Direito Romano, direito absoluto e incontestável do chefe de família sobre a pessoa dos filhos, que, consoante a severidade dos costumes, poderia decidir sobre a vida e morte destes, regendo a vida de sua prole conforme bem entendesse. Tal poder era destinado a durar para sempre,

cessando apenas em caso de morte ou *capitis diminutio* da prole, isto é, a concessão de certas dignidades maiores ao filho, ou a emancipação voluntária. Essa rigidez do instituto permaneceu por anos em Roma (PEREIRA, 2017b).

Sobre a evolução histórica do tema, Caio Mário da Silva Pereira (2017b) prossegue:

[...] no tempo do imperador cristão Constantino, deu-se aprovação à venda de filho recém-nascido, motivada pela extrema pobreza dos pais, posto que ressalvada a restituição dele à antiga condição, por iniciativa do pai ou do próprio filho, mediante a oferta do preço que valesse [...]. No século VI, a codificação Justinianea reflete a instituição do pátrio poder ainda severa, mas despida daquela violência da era republicana. No direito germânico, o poder paterno [...] não foi tão severo quanto a *patria postestas romana*. Originariamente, não foi estranha a faculdade de expor e vender o filho. [...] as relações dele oriundas eram dúplices, [...] geravam o dever de o pai e a mãe criarem e educarem o filho. Demais disso, a autoridade paterna cessava com a capacidade do filho. No direito das Ordenações, predominou a sistemática romana, com o poder conferido ao pai (exclusivamente ao pai), de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição, administrar o seu patrimônio. A maioria não emancipava o filho [...]. A Resolução de 31 de outubro de 1831 fixou aos 21 anos o termo da menoridade e aquisição da capacidade civil. O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, concedeu à viúva o pátrio poder sobre os filhos do casal extinto, cessando, porém, se convolava a novas núpcias.

Ainda, o Código Civil de 1916 manteve assegurando o pátrio poder de forma exclusiva ao pai, chefe da sociedade conjugal e, em sua falta ou impedimento, à mulher (art. 380). Todavia, vindo a viúva a casar-se novamente, esta perdia o pátrio poder em relação aos filhos, recuperando-o apenas no caso de enviuar-se novamente. Posteriormente, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) alterou a previsão do CC de 1916, assegurando o pátrio poder a ambos os pais, devendo ser exercido pelo pai com a colaboração da mãe, prevalecendo a vontade daquele em caso de divergência, podendo a mulher recorrer ao judiciário (DIAS, 2021).

Já o Projeto do Código Civil de 1965 estabelecia a igualdade de exercício do pátrio poder em comum pelos pais, o que causou uma oposição direta que qualificava o Projeto como ato atentatório à estabilidade da família (PEREIRA, 2017b).

Anos depois, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso I, concedeu tratamento igualitário ao homem e à mulher, assegurando direitos e deveres isonômicos na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), e assegurou no art. 227 os deveres impostos à família acerca do filho, o que acabou por outorgar a ambos o exercício do poder familiar no que diz respeito aos filhos em comum.

A partir do Princípio da Isonomia disposto na Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda dispendo como “pátrio poder”, também atribuiu em seu art. 21 o desempenho igualitário pelo pai e pela mãe.

Com o advento do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.046/2002), a denominação “pátrio poder” foi alterada de fato, passando, então, a chamar-se “poder familiar”.

Nesse aspecto, pontua Maria Berenice Dias (2021):

Ainda que o atual Código Civil tenha eleito a expressão poder familiar para atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Critica Silvio Rodrigues: pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função ou em dever parental.

Segundo a doutrina, a expressão que melhor reflete as transformações ocorridas no âmbito familiar seria “autoridade parental”, por bem traduzir o conteúdo democrático da relação e evidenciar a carga maior de deveres do que poderes que os pais possuem (PEREIRA, 2017b).

#### 4.1 CONCEITO E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para Carlos Roberto Gonçalves (2019), o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que se refere à pessoa e aos bens dos filhos menores.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2021), os filhos passaram de objeto de poder para sujeitos de direito, o que acabou por ensejar modificações no conteúdo do poder familiar, tendo em vista o interesse social que envolve. Deste modo, não se trata do exercício de uma autoridade, mas sim de um encargo aos pais disposto em lei. Esse poder deve ser, então, exercido pelos pais, mas objetivando sempre servir aos interesses do filho.

Esse instituto resulta de uma necessidade natural. Assim que nascem, os filhos necessitam de alguém para educá-los, dirigi-los, ampará-los, defendê-los, entre outros, não bastando que sejam somente alimentados e deixados para crescer à lei da natureza. Esse alguém traduz-se na pessoa dos pais, conforme disposto na legislação civil, sobretudo nos arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil (GONÇALVES, 2019).

Destaca-se que parte da doutrina entende que a denominação “poder familiar” não é a mais adequada, eis que o instituto trata-se de um dever dos pais e não de um poder, razão pela qual optam pelo termo autoridade parental, que se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos (TARTUCE, 2016).

O poder familiar trata-se de um conjunto de deveres, cujo caráter é eminentemente protetivo e transcende a órbita do direito privado para adentrar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado proteger as crianças e adolescentes que representam o futuro da sociedade e da nação. Pode-se dizer então que o poder familiar é um *múnus público*, imposto aos pais pelo Estado, com o fito de que zelem pelo futuro de seus filhos, ou seja, é instituído no interesse dos filhos e da família, e não em proveito dos genitores, consoante princípio da paternidade responsável disposto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2019).

Ensina Maria Berenice Dias (2021, p. 304) que *múnus* é “o encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir”. Por isso, o poder familiar caracteriza-se como sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível.

Trata-se de um poder irrenunciável porque não podem os pais abrir mão. É intransferível, pois não podem os pais transferi-lo ou delegá-los a outrem, já que é uma obrigação de ordem pública imposta pelo Estado, não ficando ao arbítrio dos pais. É também inalienável, eis que não é autorizado aos pais abrir mão ou vender sua prole. Por fim, é imprescritível, vindo a decair somente nos casos previstos em lei.

Segundo o art. 1.630 do Código Civil, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”. O referido artigo abrange os filhos menores não emancipados como um todo, ou seja, aqueles havidos ou não no casamento, bem como os filhos adotivos. Cabe salientar que os filhos havidos fora do casamento só estarão sob o poder familiar se devidamente reconhecidos, já que somente o reconhecimento estabelece o parentesco no âmbito jurídico (GONÇALVES, 2019).

Preceitua, ainda, o art. 1.690, parágrafo único, do Código Civil, que em havendo divergência entre os genitores, qualquer um deles poderá recorrer ao judiciário a solução necessária, buscando sempre o resguardo da prole.

Ainda, conforme descreve Maria Berenice Dias (2021, p. 306-307):



Todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficam sob tutela (CC 1.728 I). Arcaico instituto com forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a especial proteção que o Estado assegura, com absoluta prioridade, a crianças e adolescentes. O filho maior, mas incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai ou a mãe serem nomeados curadores (CC 1.775 § 1.º). Pode ser estabelecida curatela compartilhada a mais de uma pessoa (CC 1.775-A).

Ademais, o poder familiar cessará à época em que o jovem ficar habilitado para todos os atos da vida civil, ou seja, quando completar 18 (dezoito) anos de idade ou, ainda, se anteriormente ocorrer a emancipação em razão de algum dos motivos indicados no parágrafo único do art. 5º do Código Civil (GONÇALVES, 2019).

Ressalta-se aqui que o disposto no Código Civil acerca do poder familiar deve sempre ser interpretado à luz do que prevê a Constituição Federal de 1988. Como bem explica Paulo Luiz Netto Lôbo (2006), o princípio da interpretação conforme a Constituição, uma das mais importantes contribuições dos constitucionalistas nos últimos tempos, consiste em explorar ao máximo a compatibilidade da Constituição com as normas infraconstitucionais anteriores ou supervenientes a ela, bem como a partir dela. A inconstitucionalidade de uma norma deve ser declarada somente quando a incompatibilidade dela com a Constituição for insanável.

Dessa maneira, deve-se sempre interpretar o Código Civil com base no que dispõe a Constituição Federal, sobretudo a partir dos princípios e regras que a Carta Magna estabeleceu no âmbito do direito de família.

Os princípios e regras previstos na Constituição Federal de 1988 divergem daqueles que o Código Civil de 1916 apresentava, os quais, em grande parte, mantiveram-se no capítulo que trata do poder familiar. Posto isso, essas palavras e ideias reutilizadas pelo legislador do novo Código devem ser sempre interpretadas de acordo com as regras e os princípios dispostos na Constituição Federal.

#### 4.2 TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR E SUAS FORMAS DE EXTINÇÃO, DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO

Conforme discorrido anteriormente, o Código Civil de 1916 atribuía ao marido o pátrio poder e somente na falta ou impedimento deste o poder passava a ser exercido pela mulher. Cabe destacar que à época o poder era exercido de forma sucessivo e não simultâneo

pelos genitores. Em caso de divergência de opiniões entre ambos, prevalecia a do marido, salvo nos casos de abuso de direito (GONÇALVES, 2019).

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) alterou a norma acima narrada, fazendo constar que, durante o casamento, o pátrio poder competiria a ambos os pais, de forma que o marido o exercia e a mulher apenas colaborava, prevalecendo sempre a decisão do pai nos casos de divergência, situação em que poderia a mãe recorrer ao juízo (DIAS, 2021).

A referida reforma legislativa trouxe a possibilidade do exercício simultâneo do pátrio poder, porém, a igualdade completa da titularidade do poder familiar por ambos os cônjuges concretizou-se somente com a Constituição Federal de 1988, que dispôs em seu art. 226, § 5º, que os direitos e deveres da sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Da mesma forma, o ECA previu em seu art. 21 que o pátrio poder deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe (GONÇALVES, 2019).

Ainda, o art. 1.631 do Código Civil de 2002, seguindo essa linha, dispôs que o poder familiar cabe a ambos os pais em igualdade de condições durante o casamento e a união estável, só ocorrendo a exclusividade de um na falta ou no impedimento do outro, subsistindo o direito de recorrer ao judiciário nos casos de divergência de opiniões.

Carlos Roberto Gonçalves (2019) assevera que o referido dispositivo tem recebido críticas, eis que o poder familiar não decorre necessariamente do casamento. De outro norte, na união estável não vigora a presunção de paternidade, ou seja, é imprescindível o reconhecimento feito pelo genitor para aí sim oficializar a filiação jurídica. Pode-se concluir, então, que, independentemente da origem do nascimento, o poder familiar só poderá ser exercido com o reconhecimento dos filhos pelos respectivos genitores.

Além disso, a convivência dos pais entre si ou com os filhos não é um requisito para a titularidade do poder familiar. A separação judicial e o divórcio não implicam em alteração alguma na titularidade, situação em que em ambos os casos o poder familiar continua sendo exercido pelos genitores simultaneamente. Nesses casos, pode ser acordado pelos próprios pais ou decidido pelo juiz que a um ou a outro seja atribuída a guarda do filho, assegurando ao outro o direito de convivência. Ainda que o filho seja confiado a terceiros, permanecerá o poder familiar, decaindo os genitores somente diante de decisão judicial fundamentada (PEREIRA, 2017b).

É necessário ressaltar, contudo, que, nos casos de guarda unilateral, o exercício do poder familiar por ambos os genitores fica prejudicado, havendo, na prática, uma repartição entre eles, “com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente” (GONÇALVES, 2019).

Consoante preceitua o art. 1.633 do CC, o filho havido fora do casamento e não reconhecido pelo pai ficará sob o poder familiar exclusivo da mãe, o que coaduna com o conceito atual de família monoparental do art. 226, § 4º, da Constituição Federal. Caso seja a mãe desconhecida ou incapaz, nomear-se-á tutor à criança ou adolescente até que atinja a maioridade ou seja emancipado por decisão judicial (PEREIRA, 2017b).

Desta feita, os titulares do poder familiar são, em regra, a mãe e o pai da criança ou do adolescente que o tenham reconhecido como filho, podendo um dos genitores exercê-lo de forma exclusiva quando o outro cônjuge falecer, for destituído do poder ou não reconhecer o filho. Não sendo capazes de exercer o poder familiar nem o pai e nem a mãe por qualquer dos motivos mencionados, dar-se-á um tutor ao infante.

Passa-se agora ao estudo das formas de extinção e suspensão do poder familiar.

Maria Berenice Dias (2021, p. 315) assevera que “o Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem”. Por isso, o poder familiar é instituído para proteger e resguardar os interesses das crianças e adolescentes, podendo suspendê-lo ou até excluí-lo quando um ou ambos os genitores praticarem atos que possam prejudicar os infantes, priorizando a saúde física e psíquica dos mesmos.

A perda do poder familiar ou a destituição constitui uma espécie de extinção do poder, decretada por decisão judicial, conforme preveem os arts. 1.635, inciso V, e 1.638, ambos do Código Civil. Já a suspensão traduz-se em uma sanção aplicada aos pais por infração ao dever genérico de exercício do poder familiar em consonância com os princípios que o regem, visando atender ao melhor interesse da criança (GONÇALVES, 2019).

Prossegue Carlos Alberto Gonçalves (2019, p. 474) acerca da extinção do poder familiar:

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial. O art. 1.635 do Código Civil, como visto, menciona as seguintes causas de extinção: morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial na forma do art. 1.638.

Conforme exposto, prevê o art. 1.635 do Código Civil:

Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Ensina Maria Berenice Dias (2021) que a perda ou destituição é uma sanção de maior alcance, imposta por sentença judicial (art. 1.635, inciso V, e art. 1.638, ambos do CC) e a extinção é decorrente de fatores naturais como a morte, a emancipação ou a extinção do sujeito passivo (art. 1.635, incisos I a IV, do CC). Tanto um rol como o outro são meramente exemplificativos, pois qualquer postura incompatível com os princípios do poder familiar autoriza a sua destituição. Na hipótese de crime doloso praticado contra o filho, o genitor será punido com pena de reclusão (art. 23, § 2º, do ECA) e a destituição do poder familiar é um efeito da condenação (art. 92, inciso II, do Código Penal).

A morte dos pais faz com que desapareçam os titulares do direito, cujo caráter é personalíssimo (TARTUCE, 2016). A morte de um dos genitores faz concentrar no sobrevivente o poder familiar. Já a morte de ambos os pais faz com que seja necessária a nomeação de um tutor, que siga protegendo os interesses pessoais e patrimoniais do órfão. Por fim, a morte do filho, assim como a emancipação e a maioridade, faz desaparecer a razão de ser do instituto, qual seja a proteção da criança ou do adolescente (GONÇALVES, 2019).

A emancipação pode ocorrer por concessão dos pais (art. 5º, parágrafo único, inciso I, do CC) ou automaticamente (art. 5º, parágrafo único, incisos II a V), antecipando os efeitos da maioridade para fins civis, razão pela qual entende-se que deve ser extinto o poder familiar (TARTUCE, 2016).

Assevera Caio Mário da Silva Pereira (2017b), que:

A emancipação é irrevogável por parte do cedente e, de outro lado, irrenunciável pelo querer do beneficiário, uma vez que, obtida a antecipação da capacidade plena, cria-se uma situação jurídica por sua própria natureza irretroatável, mais ainda, irreversível no sistema jurídico brasileiro, que somente a admite sem restrições. Poderá, entretanto, ser, mediante sentença judicial, declarada nula em razão de vício insanável, ou anulada por algum dos defeitos do negócio jurídico em geral, ou ainda ser desconstituída se feita em prejuízo do menor, ao invés de em seu benefício, em desvirtuamento de finalidade.

De igual forma, a maioria faz cessar inteiramente a subordinação da prole aos genitores (GONÇALVES, 2019).

A adoção extingue o poder familiar por impor o corte definitivo com parentesco original, desaparecendo com o poder familiar dos pais biológicos e transferindo-os para os adotantes (DIAS, 2021).

Por fim, extingue-se o poder familiar por decisão judicial na forma do art. 1.638 do CC (art. 1.635, inciso V, do CC), visando a proteção dos interesses do filho. Dispõe o referido dispositivo que são os casos de castigos imoderados; de abandono; de prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; nas hipóteses de incidência reiterada pelos genitores em quaisquer dos casos do art. 1.637 da legislação civil, que elenca os casos de suspensão do poder familiar (PEREIRA, 2017b); os casos de entrega de forma irregular do filho a terceiros para fins de adoção; de prática, contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, de homicídio, feminicídio, lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; de prática de estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; de prática contra filho, filha ou outro descendente, de homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; por fim, de prática de estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Destaca-se que os itens constantes do parágrafo único do artigo mencionado anteriormente foram trazidos pela Lei n. 13.715/18, que trouxe mudanças para o Código Penal, Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código Civil, que dispõe sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou descendente (GONÇALVES, 2019).

Cabe, ainda, ressaltar a possibilidade de recuperação do poder familiar, bem como de sua abrangência, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 482):

A perda do poder familiar é permanente, mas não se pode dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. É imperativa, e não facultativa. Abrange toda a prole, por representar um reconhecimento judicial de que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício.

Já o instituto da suspensão do poder familiar é cabível quando há abuso de autoridade. Nas palavras de Caio Mário (2017b, p. 531):

Dá-se a suspensão do poder familiar por ato de autoridade, após a apuração devida, se o pai ou a mãe abusar de seu poder, faltando aos seus deveres ou arruinando os bens do filho. A imposição da pena de suspensão é deixada ao prudente arbítrio do juiz, que tem a liberdade de não a aplicar, posto que provado o fato determinante, se for prestada caução idônea de que o filho receberá do pai (ou da mãe) o tratamento conveniente. Como a expressão legal sugere, a suspensão das prerrogativas maternas e paternas dá-se *pro tempore*.

Assevera Maria Helena Diniz (2010) que na suspensão do poder familiar, o exercício do poder é privado, por tempo determinado, de todos os seus desdobramentos ou de parte deles, podendo ser concernente a um dos filhos ou mais.

A hipótese de suspensão está prevista no art. 1.637 do Código Civil, que assim dispõe:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.  
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Neste sentido, o dispositivo em comento não autoriza somente a suspensão, mas também a adoção de medidas que decorram da natureza familiar. Ademais, os deveres inerentes aos genitores são, além dos que se encontram elencados no Código Civil, todos os que se acham esparsos na legislação, sobretudo no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, como por exemplo os que dizem respeito ao sustento, guarda, educação, dignidade, respeito, liberdade, entre outros (GONÇALVES, 2019).

O ECA acrescenta mais um caso de suspensão do poder familiar em seus arts. 24 e 22, que é no caso de descumprimento injustificado dos genitores de determinações judiciais.

Trata-se, pois, de medida menos grave, tanto o é que se sujeita a revisão. Logo que superadas as causas que a ensejaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. O instituto é facultativo, podendo o magistrado deixar de utilizá-lo. Além disso, ele pode ser decretado em relação a apenas um filho ou mais e, ainda, pode abranger somente algumas prerrogativas do poder familiar, como

por exemplo no caso de má gestão dos bens do filho, afastar o genitor somente da sua administração, procedendo com as demais responsabilidades (DIAS, 2021).

Concluindo, Maria Helena Diniz (2010, p. 576) assegura que a suspensão do poder familiar “é, pois, uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei”.

#### 4.3 PODER FAMILIAR QUANTO À PESSOA DO FILHO

“O filho deve permanecer com a família e ligado aos pais” (PEREIRA, 2017b, p. 519). Neste sentido, dispõe a Constituição Federal em seu art. 229 que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Em compensação, os filhos possuem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

Ainda, o art. 1.630 do Código Civil determina que os filhos estarão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, desde que reconhecidos, advindos ou não de matrimônio, inclusive os adotivos.

Caio Mário (2017b, p. 520) preceitua que, como instituto de proteção e defesa da pessoa e bens do filho e da família, as relações oriundas do poder familiar sistematicamente se desdobram em duas ordens de princípios: os relativos à pessoa do filho e, os outros, de cunho patrimonial.

Pois bem, os princípios relativos à pessoa do filho encontram-se elencados no art. 1.634 do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 13.058/14, sendo aqueles que direitos e deveres que incumbem aos pais para com seus filhos menores:

I - Dirigir-lhes a criação e educação, sendo este o mais importante de todos. Além do sustento, devem os pais zelar pela formação dos filhos, tornando-os úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve não só o zelo material, para que o filho sobreviva fisicamente falando, mas também o moral, para que, através da educação possa formar seu espírito e seu caráter (GONÇALVES, 2019, p. 459-460).

Nas palavras de Caio Mário (2017b), o art. 227 da Constituição Federal identifica dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente o direito à educação e a cultura. Da mesma forma, o ECA, seguindo os preceitos constitucionais, autoriza procedimentos práticos para o exercício dos referidos direitos.

Destaca-se que a infração ao dever de criação configura o crime de abandono material, previsto no art. 244 do CP, e resulta na perda do poder familiar, conforme inciso II, do art. 1.638, do CC. A perda deste não desobriga os pais de sustentar os filhos, sendo-lhes devidos os alimentos ainda que estejam sob o poder familiar exclusivo do outro genitor, eis que, não fosse assim, o genitor destituído do poder seria beneficiado com a exoneração do encargo, que ficaria inteiramente para o outro cônjuge (GONÇALVES, 2019).

Da mesma forma, a infração ao dever de educação, ao menos, primária aos filhos caracteriza o crime de abandono intelectual, disposto no art. 246 do CP. Sobre o dever, os pais devem escolher a espécie de educação que desejam para seus filhos, bem como o tipo de orientação pedagógica e religiosa e o modelo escolar que julgarem mais adequado (GONÇALVES, 2019).

II – Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 do CC. Essa ideia caracteriza-se como sendo um desdobramento do poder-dever de criação e educação e é associado ao poder reconhecido a ambos os genitores de fixar o domicílio de sua prole. Havendo divergência entre eles, caberá ao juízo a decisão em favor sempre do melhor interesse do filho (PEREIRA, 2017b).

O pai não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixar-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher, etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do seu pai (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 124 *apud* GONÇALVES, 2019, p. 461).

O referido direito compete a ambos os pais, sendo que, conforme já mencionado anteriormente nesta pesquisa, a separação judicial ou o divórcio não alteram o exercício do poder familiar dos pais. O regime de visitas, ainda que diminua o convívio entre os genitores e entre a prole e um dos genitores, não restringe os direitos e deveres inerentes ao poder familiar que representam.

A propósito, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2015) ensinam que a separação dos pais não faz com que cesse o poder familiar de ambos, ou seja, não é a vigilância investigativa e diária ou a ausência dela que torna os pais responsáveis pelos filhos, mas sim o dever de educar, informar e contribuir para a formação de sua prole.



Nesse caso, ainda que o infante não resida com um dos genitores, pode este, inclusive, vir a ser chamado a responder civilmente pelos danos causados pelo filho.

III - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem. “Pressupondo que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus pais, a estes cabe tal prerrogativa” (PEREIRA, 2017b).

Cabe destacar que o consentimento para o matrimônio deve ser específico, ou seja, deve estar determinada a pessoa com quem irá o filho se casar, não bastando a manifestação em termos gerais. Além disso, o consentimento precisa ser de ambos os genitores ou do representante legal. Nos casos de recusa injustificada, o juiz poderá suprir o consentimento (GONÇALVES, 2019).

IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior. Aqui cabe destacar que mesmo nos casos de guarda unilateral a autorização deve ser concedida por ambos os genitores, eis que a guarda diferente da compartilhada não implica, necessariamente, na destituição do poder familiar pelo genitor que não detém a guarda.

V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município. Consoante já mencionado, a guarda compartilhada concede a ambos os pais a responsabilidade conjunta e o exercício dos direitos e deveres do poder familiar de forma igualitária.

Prevê o art. 1.583, § 3º, do Código Civil que a cidade considerada base de moradia dos filhos na guarda compartilhada será aquela que melhor atender às necessidades dos infantes.

VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhes sobreviver, ou o sobrevivente não poder exercer o poder familiar. Esse dispositivo também presume que não há ninguém melhor do que os próprios genitores para escolher a pessoa a quem poderá confiar os filhos.

Nas palavras de Silvio Rodrigues (2008, p. 361 *apud* GONÇALVES, 2019, p. 465):

Esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercitar o poder parental, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere.

VII - Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o

consentimento. Ainda que falte ao filho não nascido personalidade, o dispositivo alcança a prole já na fase da concepção (PEREIRA, 2017b).

Conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 465), “as incapacidades, absoluta ou relativa, são supridas, pois, pela representação do filho, desde a concepção até aos 16 anos, e pela assistência, após essa idade e até completar 18 anos, nos atos em for parte”.

Dispõe o art. 1.692 do CC que se durante o exercício do poder familiar houver colisão de interesse dos pais com o filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, “o juiz lhe dará curador especial”.

Com a morte do pai, a mãe exercerá exclusivamente o poder familiar, ainda que venha a contrair novo matrimônio. Se esta não for capaz de exercer o poder ou também vier a falecer, a representação ou assistência caberá ao tutor nomeado pelos genitores, por testamento ou documento autêntico, ou pelo juiz, na falta de tutor nomeado pelos pais, considerando o melhor interesse da criança (PEREIRA, 2017b).

VIII - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. Como consequência do direito de guarda, a lei concede aos pais o poder de reclamar o filho, de quem ilegalmente o deter. A ação competente para tanto é a medida cautelar de busca e apreensão.

Ensina Caio Mário (2017b, p. 526):

O que a lei quer é munir os pais da faculdade de fazer que retorne ao domicílio familiar, o filho dali retirado ilegalmente, recorrendo, no exercício deste direito, à via judicial competente, de modo a torná-lo efetivo sem prejuízo da ação penal competente, para o caso de se definir um delito. Na medida da prudência, deve-se considerar lícito o procedimento dos pais que pessoalmente impedem a retirada do filho de sua companhia, efetivem o seu retorno, ou se valem de medida judicial preventiva.

IX - Exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Para isso, a legislação autoriza os pais a castigar os filhos fisicamente, desde que de forma moderada, destacando que a infringência dos limites desse castigo caracteriza o crime de maus tratos, que causa a perda do poder familiar (GONÇALVES, 2019).

Assevera Caio Mário da Silva Pereira (2017b, p. 526) que “quanto aos serviços exigidos, a ideia predominante é a participação. O filho coopera com o pai na medida de suas forças e aptidões, devendo ser observadas as normas constitucionais proibitivas no que se refere ao trabalho infantil”.

Vale destacar que a legislação trabalhista proíbe o trabalho do menor fora do lar até os 16 anos (art. 403, CLT), salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (art. 7º, XXXIII, CF), vedando o trabalho noturno até os 18 anos (art.404, CLT), com o objetivo de protegê-lo.

Bem pontua Maria Helena Diniz (2010, p. 572) que se pode “exigir do infante a execução de pequenas tarefas domésticas ou remuneradas, desde que se acatem as restrições da legislação trabalhista e não haja risco ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional”.

#### 4.4 COMPETÊNCIA X CAPACIDADE DOS PAIS CRIANÇAS OU ADOLESCENTES

Apesar das situações que impossibilitem, no todo ou em parte, alguns pais de exercerem a autoridade parental pelo fato de não possuírem capacidade civil plena, existe uma discussão de suma importância na área, sendo um dos principais motivos que embasa este trabalho, que é o embate entre capacidade e competência, ou seja, o fato de o menor não possuir plena capacidade civil significa, necessariamente, que ele não possui competência para tomar decisões a respeito de sua prole? A atribuição da autoridade parental exige que os pais biológicos sejam plenamente capazes nos termos da lei civil? (LIMA; SÁ, 2019).

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, quando a mãe possui menos de 16 (dezesesseis) anos, ela é absolutamente incapaz, razão pela qual não pode exercer a autoridade parental. Além disso, o reconhecimento voluntário de filho não pode ser praticado por representante legal, ou seja, os absolutamente incapazes também não podem reconhecer a filiação. Sobre os menores de 16 (dezesesseis anos), Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017b, p. 624):

Estes, por óbvio, em face da ausência do necessário discernimento acerca do ato que se praticaria, não podem reconhecer a filiação, por se tratar de ato, essencialmente, de vontade. Por isso, o reconhecimento de filho por ele procedido é nulo de pleno direito. Em se tratando, pois, absolutamente incapaz, o reconhecimento de filho dependerá de decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

Por outro lado, o Código Civil reconhece no art. 1.860, parágrafo único, a capacidade de testar aos maiores de 16 (dezesesseis). Como se sabe, o testamento sempre foi um meio utilizado para reconhecimento dos filhos, especialmente daqueles nascidos em situações não

acolhidas socialmente. Por isso, é intuitivo que o reconhecimento da capacidade de testar atribui, implicitamente, ao maior de 16 (dezesesseis) anos a possibilidade jurídica de reconhecimento da filiação (LIMA; SÁ, 2019).

E prosseguem as autoras Taisa de Lima e Maria de Sá (2019, p. 25):

Se a mãe é relativamente incapaz não há como negar-lhe a possibilidade de participar ativamente das decisões atinentes à criação e à educação de seu filho, devidamente assistida pelos seus pais ou tutores. Aqui poderá haver conflito entre a vontade da mãe e a vontade dos avós ou tutores, principalmente, em questões existenciais. Essas questões, frequentemente, são resolvidas dentro da família, mas não se exclui a possibilidade da judicialização do conflito que, de qualquer forma, deverá considerar o melhor interesse, não da mãe adolescente ou dos avós ou tutores, mas, sim, da criança nascida.

Nesse diapasão, enquanto no Brasil o Código Civil classifica o menor de 16 (dezesesseis) anos de idade como absolutamente incapaz por tão-somente um critério etário, importa mencionar aqui o entendimento trazido pelo novo Código Civil Argentino, que se vale da dinâmica noção de competência, proveniente da bioética. Ao invés do artificialismo dos conceitos capacidade/incapacidade, a competência se encontra em cada ato concretamente praticado por uma pessoa determinada em fase de desenvolvimento da personalidade, legitimando a sua atuação direta e a conseqüente responsabilidade nas situações em que o consentimento for suficiente para formar convicção e decisão razoável sobre determinadas questões que digam respeito a sua intimidade (ROSENVALD, 2015).

Criam-se, então, à vista da regra de proporcionalidade, parâmetros objetivos para estabelecer quais pessoas e em quais condições e matérias, a autonomia gradualmente irá de um mínimo a um máximo espaço de liberdade.

Sobre o assunto, leciona Nelson Rosenvald (2015, n.p):

[...] a idade se converte em apenas mais uma pauta a ser considerada na ponderação, pois prevalecerá o conceito empírico e essencialmente mutável de maturidade suficiente para a prática do concreto ato. Por conseguinte, idades cronologicamente iguais não importarão em capacidades idênticas para os atos da vida civil. Certamente, a real materialização do conceito de autonomia progressiva postula a prévia escuta da criança ou adolescente nas questões que firam os seus atributos existenciais, sendo-lhes concedido um assistente sempre que deponente num conflito de interesses com os seus pais. O Direito à escuta não consiste somente numa garantia processual, porém princípio vetor em todas as matérias que envolvam ou afetem a criança ou adolescente, nos planos judicial, administrativo, familiar e educativo. Enquanto a escuta é uma prerrogativa de qualquer criança – independente do nível efetivo de entendimento -, distinto será o impacto que a escuta terá na posterior tomada de decisão, essa, sim, condicionada à idade e maturidade da pessoa

em correspondência ao tipo de questão que se encontra em jogo. Qualquer decisão que se afaste daquilo que o jovem manifestou será submetida a um ônus argumentativo. Por mais que a opinião infantil não se mostre determinante, em função do peso que ela manifesta na formação do conceito do interesse superior da criança, caberá ao magistrado aportar argumentos de peso que justifiquem a manifestação em sentido diverso àquela colhida da pessoa mais interessada na decisão.

Além disso, conforme já mencionado na presente pesquisa, o método de análise Competência Gillick serve para justamente avaliar o discernimento e a inteligência do infante, independentemente da idade que conta, ou seja, leva em consideração critérios subjetivos, não ficando restrito apenas aos critérios objetivos dispostos no Código Civil.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, o que se nota é a ausência de regras e parâmetros que proporcionalizem o dado da gradual conquista da autonomia, que não passa de uma constatação da realidade. Para a legislação brasileira, simplesmente dorme-se incapaz num dia e, no seguinte, desperta-se capaz (ROSENVALD, 2015).

Para mais, a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que apresentou mudanças no art. 4º do Código Civil, estabeleceu no rol dos absolutamente incapazes as pessoas menores de 16 anos, como se seres humanos de 13, 14 ou 15 anos fossem completamente inaptos para o estabelecimento de qualquer deliberação sobre questões existenciais sem a assistência de seus responsáveis.

O Código Civil Argentino espelhou-se nas diretrizes previstas no já mencionado art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Essas diretrizes foram posteriormente especificadas na Opinião Consultiva 17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica que versam sobre direitos fundamentais de crianças e adolescentes (ROSENVALD, 2015).

A referida convenção foi ratificada no Brasil no ano de 1990. Contudo, o ECA sequer aborda essa temática. Esse atraso na legislação brasileira já alcança mais de 30 (trinta) anos, entretanto nada impede que, em cada caso levado ao judiciário, o controle de convencionalidade seja levado a sério em prol dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, em especial o direito de serem ouvidos, expressarem as suas opiniões e terem as mesmas levadas em consideração.

O método de análise Competência Gillick aborda a temática. Em que pese tratar-se de um método utilizado na área de tratamentos médicos, nada impede que seja também

aplicada nas situações concernentes à titularidade do poder familiar para crianças ou adolescentes.

Neste caso, o fato de o genitor ser considerado como menor incapaz, seja absolutamente ou relativamente, não significa dizer que ele não possui competência para exercer o poder familiar sobre sua prole, devendo, em todos os casos, ser aplicado o método de análise de competência para tanto.

#### 4.5 ENTIDADE FAMILIAR COMPOSTA POR APENAS UM DOS PAIS CRIANÇA OU ADOLESCENTE

O artigo 1.631 do Código Civil dispõe que compete aos pais o poder familiar, durante o casamento ou união estável, e que, na falta de um dos genitores, o outro exercerá com exclusividade. Na sequência, o art. 1.632, prevê que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar. Logo após, o 1.633 estabelece que o filho não reconhecido pelo pai ficará sob o poder familiar exclusivo da genitora.

Sobre as hipóteses em que o poder familiar é exercido de forma exclusiva, Maria Helena Diniz (2010) assevera que será exercido por um só dos pais quando o outro estiver impedido de exercê-lo por ter sido suspenso, destituído ou por não poder, devido à força maior ou manifestar sua vontade; o vínculo conjugal estiver dissolvido pela morte de um dos cônjuges, caso em que o poder familiar será exercido unicamente pelo consorte sobrevivente, ainda que venha contrair novas núpcias ou formar união estável; o filho for reconhecido apenas pelo pai, sujeitando-se ao poder familiar da mãe; a criança ou o adolescente for adotado apenas por um dos cônjuges, cabendo exclusivamente a este consorte o exercício do poder familiar.

Isso posto, nota-se que a legislação determina que o poder familiar será exercido com exclusividade por um dos genitores quando o outro restar impedido de exercê-lo, tenha falecido ou seja desconhecido, ou, ainda, no caso de adoção, se somente um dos cônjuges for o adotante. O que se indaga no presente tópico é se as incapacidades absoluta e relativa são causas de impedimento para o exercício do poder familiar.

O Código Civil em seus arts. 1.637 e 1.638 trata, respectivamente, das causas de suspensão e extinção do poder familiar, não constando no rol disposto pelos dispositivos a incapacidade como causa a ensejar a suspensão ou extinção de tal poder.

Contudo, entende-se pela doutrina que os pais menores absolutamente incapazes não podem exercer a autoridade parental. No caso do homem, sendo absolutamente incapaz, sequer poderá reconhecer juridicamente a paternidade, quanto mais exercê-la. Nessas situações, o poder familiar será exercido pelo outro genitor, caso tenha capacidade para tanto. Em não sendo o caso, ou seja, caso sejam o pai e mãe absolutamente incapazes, os pais ou tutores da criança ou da adolescente que gerou o filho ficarão responsáveis por este (LIMA; SÁ, 2019).

Já no caso de um dos pais vir a ser relativamente incapaz, entende-se que ao outro não deverá ser dada a exclusividade do exercício do poder familiar, salvo nas hipóteses de incapacidade absoluta. Isso porque, conforme se denota da legislação e da doutrina até aqui expostas, a incapacidade relativa não torna o incapaz impossibilitado de exercer todos os atos da vida civil, bem como não é causa de extinção ou suspensão do poder familiar (LIMA; SÁ, 2019).

Assim, os pais relativamente incapazes detêm o poder familiar sobre seu filho em relação às decisões atinentes à criação e à educação, devendo estarem devidamente assistidos por seus pais ou tutores. Conclui-se, então, que o relativamente incapaz permanecerá capacitado em relação aos atos relativos à sua prole que não são afetados pela sua incapacidade.

Por fim, quanto aos atos que o genitor relativamente incapaz estiver impossibilitado de praticar, será dado àquele plenamente capaz o exercício exclusivo do poder familiar. Com exceção dessa possibilidade, o poder familiar continuará a ser exercido por ambos os genitores.

#### 4.6 OS PAIS MAIORES DE 16 E MENORES DE 18 ANOS

A situação dos pais relativamente incapazes maiores de 16 e menores de 18 anos, disposta no art. 4º, inciso I, do Código Civil, merece especial atenção. Isso porque o adolescente encontra-se em uma zona intermediária entre a incapacidade absoluta e a capacidade civil plena (GAGLIANO; STOLZE, 2019).

Em que pese a incapacidade relativa tornar necessária a existência de um assistente legal para que o incapaz pratique alguns atos da vida civil, não se pode negar a ele o direito ao

exercício do poder familiar sobre seus filhos, mesmo que também esteja sob influência de tal poder. Explica-se:

Conforme já mencionado, o relativamente incapaz pode praticar o reconhecimento voluntário de filho, independentemente de assistência, eis que o Código Civil, no art. 1.860, parágrafo único, reconhece a capacidade do relativamente incapaz de testar. Destarte, é intuitivo que o reconhecimento da capacidade de testar atribui, implicitamente, ao maior de 16 (dezesesseis) anos a possibilidade juridicamente garantida de reconhecer a sua prole (LIMA; SÁ, 2019).

Para mais, pode-se dizer que com o avanço da tecnológico, a acessibilidade e a extensão dos meios de comunicação e a atual estrutura dos métodos de ensino, o discernimento e o amadurecimento de um jovem maior de 16 (dezesesseis) e menor de 18 (dezoito) anos é bastante considerável. Notável é que o legislador também se atentou a essa questão, eis que estabeleceu a possibilidade do relativamente incapaz praticar alguns atos independentemente de assistência, como, por exemplo, possibilidade de trabalho, respeitados os limites dispostos na legislação constitucional e trabalhista.

O maior de 16 (dezesesseis) e menor de 18 (dezoito) anos de idade, relativamente incapaz, não poderá exercer o poder familiar em sua totalidade, contudo, existem deveres inerentes a este encargo que podem ser atribuídos a estes pais, como o dever de criação e educação dos filhos, bem como mantê-los em sua guarda. Não existindo outros motivos além da idade que impeça o relativamente incapaz de exercer tal múnus, não se verifica causa que determine que esses pais sejam deixados de lado quanto aos deveres relativos ao seu filho (LIMA; SÁ, 2019).

A prioridade deve ser sempre a proteção e a manutenção da família, conforme estabelecido na Constituição Federal. Por isso, o adolescente, maior de 16 (dezesesseis) e menor de 18 (dezoito) anos, que se torna pai ou mãe é tido como capaz de exercer alguns dos deveres inerentes ao poder familiar, mesmo que ainda viva e dependa financeiramente de seus genitores. Desta feita, entende-se que pode o relativamente incapaz ter a guarda de sua prole, já que a sua incapacidade não pressupõe, necessariamente, inaptidão para exercer o poder familiar.



## 5 CONCLUSÃO

De acordo com a ideia apresentada inicialmente, o presente trabalho propôs-se a investigar se pais e mães menores, portanto incapazes, podem exercer a titularidade do poder familiar quanto à pessoa do filho. Além disso, teve como principal enfoque a análise da possibilidade de concessão da titularidade do mencionado poder aos pais menores absolutamente ou relativamente incapazes e, conseqüentemente, da guarda dos filhos concebidos durante essa fase.

Ressalta-se, porém, que não se buscou aqui o esgotamento do assunto, que merece, pela relevância que possui tanto na sociedade como na legislação brasileira, ser examinado de forma ainda mais profunda e analítica.

Pois bem, expôs-se, inicialmente, um panorama geral acerca da personalidade jurídica, sobretudo no Brasil, tratando desde o seu início, através do nascimento com vida, e indo até o final, dado pela morte ou pela emancipação do sujeito, seguido, ainda, de um estudo mais específico sobre capacidade civil segundo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Em seguida, tratou-se da infância e da adolescência, examinando-se, de forma pormenorizada e com dados concretos, a gravidez ocorrida durante esse período, bem como a capacidade progressiva das crianças e adolescentes, além da autonomia dos mesmos em relação aos limites do poder familiar de seus pais, principalmente nos casos que dizem respeito a questões de cunho existencial, trazendo à baila o método de análise chamado Competência *Gillick*, como uma possível alternativa para solucionar a questão da titularidade do poder familiar no caso de pais crianças ou adolescentes.

Na sequência, traçou-se uma linha histórica acerca do poder familiar, abordando desde o *patrio potestas* até o atual entendimento doutrinário por autoridade parental, conforme a legislação constitucional, trazendo, ainda, alguns aspectos importantes do poder familiar, como por exemplo suas formas de extinção e suspensão. Outro ponto importante da pesquisa é o embate entre a capacidade das crianças e adolescentes e suas respectivas competências.

Diante disso, pôde-se notar que a instituição poder familiar passou por diversas modificações ao longo do tempo no Brasil, de modo que, com a promulgação da Constituição

Federal de 1988, ocorreram mudanças significativas no que diz respeito a esse instituto, que era fortemente marcado pelo sistema patriarcal e matrimonial.

Com a nova ordem constitucional, foi estabelecido que o poder familiar cabe, não mais somente ao pai, mas também à mãe, em igualdade de condições, só vindo a ocorrer com exclusividade na falta ou no impedimento do outro, subsistindo sempre o direito de recorrer ao judiciário nos casos de divergência de opiniões.

Além disso, verificou-se pelo presente trabalho que, atualmente, o poder familiar é um múnus público que deve ser exercido priorizando e protegendo sempre o melhor interesse da criança ou do adolescente, sendo mais correta, segundo a doutrina, a utilização do termo “autoridade parental”, eis que se trata de um dever atribuído aos pais em relação aos filhos e aos bens que esses podem vir a ter.

Entretanto, as normas que tratam do referido instituto não estabelecem de forma expressa a questão do poder familiar dos pais crianças ou adolescentes, ou seja, sujeitos menores e incapazes que, porventura, venham a ser pais ou mães. Nesse contexto, destaca-se que a incapacidade dos menores pode ser absoluta (crianças ou adolescentes que tenham até 16 anos de idade) ou relativa (adolescentes maiores de 16 e menores de 18 anos). No primeiro caso, os sujeitos devem ser representados em todos os atos da vida civil. No segundo, deverão contar com um assistente legal, que terá a responsabilidade de cuidar e proteger os interesses do assistido. Todavia, conforme discorrido no presente trabalho, a incapacidade relativa é limitada, o que faz com que o relativamente incapaz não seja impossibilitado de exercer todos os atos da vida civil.

Nesse trilhar, importante destacar que os arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil que preveem, respectivamente, as disposições pertinentes à suspensão e à extinção do poder familiar nada estabelecem quanto à incapacidade no âmbito desse instituto.

Destacada essa lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, expôs-se no trabalho a ideia de capacidade progressiva das crianças e adolescentes, que transcende o conceito puro e estagnado de capacidade previsto no Código Civil, estabelecido unicamente por um critério objetivo do legislador, qual seja a idade. Essa ideia defende que apesar de as crianças e adolescentes serem sujeitos em desenvolvimento, não significa necessariamente que são pessoas incapazes ou desprovidas de vontades.

A capacidade progressiva foi muito bem aceita pela legislação constitucional, tanto o é que permitiu aos adolescentes maiores de 16 (dezesesseis) anos de idade alistarem-se e

exercerem o direito ao voto. Da mesma forma, o parágrafo único do art. 1.860 do próprio Código Civil estabeleceu a capacidade testamentária aos relativamente incapazes.

A capacidade progressiva coaduna-se à Doutrina da Proteção Integral, que concede direitos às pessoas em desenvolvimento e impõe deveres à sociedade, estabelecendo que ainda que se trate de pessoa em desenvolvimento, a criança e o adolescente têm direito a manifestarem sua vontade e exercerem seus direitos em face de quaisquer pessoas, incluindo seus pais.

Assim, entende-se que a autonomia da criança e do adolescente deve sempre ser respeitada, levando em consideração, contudo, o caso concreto.

Posto isso, abordou-se o método de análise denominado Competência *Gillick*, que foi desenvolvido para averiguar se menores de 16 (dezesseis) possuem discernimento suficiente para tomada de decisões. O referido método pode claramente ser uma alternativa para solucionar casos em que se discute se crianças e adolescentes possuem ou não competência para assumirem o poder familiar sobre sua prole.

Pode-se enxergar o referido método como um marco para garantia da autonomia de decisões de crianças e adolescentes, tendo em vista que ele analisa se os infantes contam com inteligência e discernimento suficientes para enfrentarem a situação concreta, concedendo a autonomia jurídica de acordo com o maior ou menor amadurecimento psicológico do examinado.

Ressalta-se que haverá situações em que a criança e o adolescente estarão prontos para decidir e outras em que não estarão aptos para qualquer tomada de decisão, caso em que a decisão de seus representantes legais deverá prevalecer, seguindo sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

Quanto aos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, viu-se anteriormente que já são considerados capazes para testar. Sabe-se que o testamento sempre serviu como um meio de reconhecimento da filiação. Portanto, nota-se, intuitivamente, que os relativamente incapazes podem reconhecer seus filhos, independentemente de assistência.

Apesar disso, o menor relativamente incapaz, não estará, em tese, autorizado a exercer o poder familiar em sua totalidade. No entanto, existem deveres inerentes ao referido poder que podem ser atribuídos a estes pais, como, por exemplo, o dever de criação e educação da prole, ou, ainda, mantê-la em sua guarda. Não existindo outros motivos além da idade que impossibilitem o relativamente incapaz de exercer o poder familiar, não se verificou

causa que pudesse determinar que esses pais devam ser deixados de lado quanto aos deveres relativos ao seu filho.

A problemática aqui suscitada não é muito discutida no âmbito jurídico, eis que não foram encontradas jurisprudências atinentes à temática deste trabalho. Contudo, a Constituição Federal preza pela proteção da família, estabelecendo-a como a base da sociedade. Entende grande parte da doutrina, bem como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que a criança deve permanecer com os pais. Assim o é, que a extinção ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos graves, de modo a priorizar sempre o melhor interesse e a proteção do infante.

Por essas razões, entende-se que o menor relativamente incapaz que se torna pai ou mãe é capaz de exercer alguns dos deveres inerentes ao poder familiar, independentemente se vive ou se depende de seus genitores, podendo, assim, exercer a guarda de seus filhos, já que sua incapacidade não pressupõe, necessariamente, inaptidão para exercício o poder familiar.

Destaca-se, porém, que, nos casos de pais absolutamente incapazes, devem sempre ser aplicados métodos de análise como, por exemplo, o da Competência *Gillick*, para verificar, através de parâmetros subjetivos, a inteligência e o discernimento que conta o infante para manifestar sua vontade e tomar decisões sobre questões existenciais e sobre sua prole, ressalvada, ainda, a hipótese de limitações ao poder familiar conforme for a competência da criança ou adolescente examinado.

Já em relação aos pais relativamente incapazes, conforme já discorrido, entende-se que a esses cabe o poder familiar com algumas limitações relacionadas aos atos da vida civil que são impossibilitados de praticar sobre si mesmos, podendo, nesses casos, passarem também por métodos de análise como o abordado no presente trabalho para constatar se possuem, de fato, competência para a tomada de decisões sobre o assunto.

Ante o exposto, conclui-se que, nas situações em que forem analisados e atendidos os pressupostos da competência para exercício do poder familiar, sobretudo a inteligência e o discernimento necessários para atribuição do múnus, não há porque negar os efeitos jurídicos inerentes ao referido instituto e a todos os seus componentes aos pais crianças ou adolescentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Catarina Maria Pedro. **As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores**: o significado da Gillick competence e a possível adoção da figura em Portugal. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 47f. 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9511/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Catarina%20Abreu.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2021.
- ALAEZ, Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Servanda, 2015.
- BRASIL. **Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.480, de 1997**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 21 de agosto de 1997, Seção I, p. 18.227-8. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1480>. Acesso em: 12 jul. de 2021.
- BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. de 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.146/2015, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Diário Oficial da União.

Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.415.727/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe. Brasília, 04 de setembro de 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1346306&num\\_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF). Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde - Secretaria de Vigilância em Saúde - Departamento de Análise da Situação de Saúde (MS/SVS/DASIS) - **Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos – SINASC.** Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>. Acesso em: 02 ago. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil: Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1.057, maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

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, n. 10, 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**, Curitiba, v. 46, p. 3-51, abril/julho, 2011.

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

MELO, Eduardo Rezende. **Crianças e Adolescentes em Situação de Rua**: Direitos Humanos e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre o os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVOLD, Nelson. A autonomia progressiva dos adolescentes. **GenJurídico**, 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa. Desafios para garantia do direito à participação de crianças e adolescentes no sistema judicial brasileiro. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61-90.

SEABRA, Gustavo Cives. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da Competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 70-89, jul. 2015. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/720/715>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

SILVA, Bruno César da; Schweikert, Peter Gabriel Molinari. Autoridade parental e autonomia progressiva: a necessidade de superação da teoria das incapacidades à luz da Doutrina da Proteção Integral. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 3, n. 15 p. 44-64, jul 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no Direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 79, n. 1, p. 38-55, jan./mar. 2013.